

Tilburg University

Verwevenheid van recht en economie

van Damme, E.E.C.

Published in:
Recht in Geding

Publication date:
2014

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Damme, E. E. C. (2014). Verwevenheid van recht en economie. In M. Groenhuijsen, E. Hondius, & A. Soeteman (Eds.), *Recht in Geding* Boom Juridische uitgeverij.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

VERWEVENHEID RECHT EN ECONOMIE

Eric van Damme

Universiteit van Tilburg

14 maart 2014

In **“Recht in Geding”, Sectie Rechten KNAW**

Marc Groenhuijsen, Ewoud Hondius, Arend Soeteman

Boom Juridische Uitgevers, 2014

VERWEVENHEID VAN RECHT EN ECONOMIE[#]

Eric van Damme*

Universiteit van Tilburg

14 maart 2014

Abstract:

In dit artikel betoog ik dat samenwerking tussen juristen en economen op het terrein van maatschappelijke ordening vruchtbaar kan zijn. De vraag “Hoe moet de maatschappij geordend worden?” kan niet door economen of juristen alleen beantwoord worden, maar beide disciplines kunnen inzichten bijdragen. Juristen focussen op eisen van rechtvaardigheid en rechtszekerheid en stellen dat ook doelmatigheid belangrijk is. Hun discipline biedt echter geen methode waarmee effecten van regels voorspeld kunnen worden, zodat zij doelmatigheid niet goed met de twee andere criteria kunnen combineren. De economische wetenschap is juist sterk in het kaart brengen en voorspellen van de effecten van veranderingen in ordening, terwijl zij zwak is in het normatief waarderen van die effecten. Om samenwerking te bewerkstelligen is het allereerst noodzakelijk misverstanden over de economische wetenschap uit de weg te ruimen. Misverstanden zijn, onder andere, dat economie uit gaat van materieel egoïsme, beperkt is tot het economisch domein van de maatschappij en tot sterke normatieve conclusies leidt. Geen van drieën is het geval. Economen stellen als doel het welzijn van de individuele leden van de maatschappij te bevorderen en hun

[#] This paper appeared in Marc Groenhuijsen, Ewoud Hondius en Arend Soeteman (redactie) “*Recht in Geding*”, Boom Juridische Uitgevers, 2014

Dit artikel is gebaseerd op een voordracht in de reeks “Recht in Geding” van de Sectie Rechten van de KNAW. Ik bedank de toehoorders bij de lezing voor hun stimulerende vragen. Ik dank ook Maurits Barendrecht, Peter Cserne, Harry van Dalen, Giuseppe Dari-Mattiacci, Philip Eijlander, Michael Faure, Rob van Gestel, Jan Potters, Corien Prins, Arend Soeteman, Ben van Velthoven, Jan Vranken, Peter van Wijck en Jan Kees Winters en voor hun kritische commentaren op eerdere versies, die ertoe geleid hebben dat ik mijn eigen positie nu beter begrijp en ook beter kan verwoorden. Het spreekt voor zich dat alleen ikzelf voor de inhoud verantwoordelijk ben.

* Eric van Damme, CentER, TILEC, and Department of Economics, Tilburg University, P.O. Box 90153, 5000 LE Tilburg, email: eric.vandamme@uvt.nl

kernaannames zijn dat mensen doelgericht zijn en dat interactie tot een maatschappelijk evenwicht leidt. Deze drie principes kunnen ook voor juristen een goed uitgangspunt vormen.

1. INLEIDING

Dit artikel betoogt dat de wetenschappelijke disciplines economie en recht elkaar op het gebied van maatschappelijke *governance* kunnen versterken. Met behulp van economische methoden kunnen de effecten van (veranderingen in) regels en instituties *ex ante* voorspeld en *ex post* geëvalueerd worden. De sterkte van de economie zit in haar precisie en in de kracht van haar positieve analyses. De institutionele en de normatieve kant van het vak zijn echter relatief onderontwikkeld, dat laatste omdat economen niet weten hoe ze interpersonele nutsvergelijkingen kunnen maken. De rechtswetenschap is complementair met de economische. Juristen hebben een brede blik, een goed gevoel voor wat echt belangrijk is en weten hoe belangen tegen elkaar af te wegen. Zij kunnen economen helpen nog relevanter modellen te construeren, effecten te waarderen en normatieve conclusies te formuleren. Samenwerking tussen juristen en economen kan daarom meerwaarde creëren. Om die samenwerking tot stand te brengen is het nodig eerst een aantal misverstanden over economie uit de weg te ruimen. Dit artikel doet dat door te beschrijven wat de economie is en doet, en door juridische kritiek op de economische methode te nuanceren.

De economie onderscheidt zich van andere sociale wetenschappen door haar theoretisch-empirisch karakter en haar imperialistische neiging (Lazear, 2000). Zij is eerder methode dan domeinwetenschap. Bij die methode speelt de wisselwerking tussen theorievorming en empirische toetsing een belangrijker rol dan bij de meeste andere sociale wetenschappen. Economen denken dat hun methode breed bruikbaar is, vandaar het imperialisme. Rechten is onderdeel van de geesteswetenschappen en van de maatschappijwetenschappen (Franken, 2004), maar aan het eerste aspect wordt hier voorbij gegaan. De lezer vindt in dit artikel geen beschouwingen over *wrongful life* of vrijheid van meningsuiting. Ik ga uit van een instrumentele visie op het recht en focus op regels als instrument voor maatschappelijke ordening.

Vanwege hun brede werkterrein hebben academisch juristen veel belangstelling voor andere disciplines. WPNR (2011) bespreekt de relevantie van de verschillende *Law and*-bewegingen voor het privaatrecht. Er wordt wel gesteld dat *Law and Economics* de meest succesvolle van deze stromingen is, althans in de VS. Citatie-analyses en tellingen van het aantal niet-juristen verbonden aan *Law Schools* ondersteunen die visie; zie Landes en Posner (1993) en Shapiro en Pearse (2012). In Europa lijkt *Law and Economics* bij juristen juist de meeste weerstand op te roepen. Ik denk dat, naast onbegrip over wat het vak is en doet, dit komt doordat de economie een andere relatie tot het recht heeft dan de andere sociale wetenschappen. Juristen zijn gewend andere wetenschappen als hulpdisciplines te zien. Economen zien *Economics as the Queen of Social Sciences* en weigeren om louter als hulptroepen ingezet te worden. Zij brengen hun eigen modellen en wiskundig-statistische methoden mee, die voor juristen vreemd zijn. Belangrijker is wellicht nog dat rechtseconomen focussen op efficiency als (enig) normatief criterium, wat juristen te eng vinden. Rechtseconomen zijn bijgevolg niet alleen complementair met juristen, maar ook directe concurrenten daarvoor.

De disciplines rechten en economie zijn zeer verschillend. Economie is vooral een positief-analytische (verklarende) wetenschap, terwijl de rechtswetenschap primair normatief georiënteerd is, gericht op de vraag “wat behoort?” Uitgaande van het probleem van de rechter, is het perspectief bij rechten *ex post*, gefocust op de zaak en oplossingsgericht. Met als kernvraag “hoe kan het systeem verbeterd worden?” zoekt de economie naar causale verbanden, wat een *ex ante* perspectief vereist. Beide zijn systeemwetenschappen, maar op een andere manier. Economie onderzoekt hoe dingen met elkaar samenhangen, terwijl recht naar coherentie en consistentie zoekt (Soeteman, 2010). Beide zijn, in mijn visie, vooral beleidswetenschappen. Bij orderingsvraagstukken is goede samenwerking tussen vertegenwoordigers uit beide hoeken essentieel. Dat gaat niet vanzelf en verloopt niet altijd vlekkeloos. Een econoom snapt vaak niet hoe een jurist tot zijn normatieve conclusies komt en verbaast zich over het “springen” van beschrijving naar normatieve conclusies. Anderzijds snapt een jurist veelal niet hoe een econoom tot zijn voorspellingen komt, en welke waarde daaraan moet worden toegekend, zeker gezien het feit dat de aannames die aan de analyse ten grondslag liggen wereldvreemd lijken te zijn.

Met dit artikel hoop ik juristen te overtuigen dat de economische wetenschap hen iets te bieden heeft. Meer secundair, betoog ik dat economen hun voordeel kunnen doen met betere kennis van het recht. Dat wil niet zeggen dat juristen meer belangstelling voor de economie (als object) moeten tonen, maar wel dat zij profijt kunnen hebben van kennis, of toepassing van de economische methode. Dit geldt vooral voor juristen die op het recht als maatschappelijk ordeningsmechanisme richten; een niet onbelangrijke groep, gegeven dat ongeveer 30% van de afgestudeerden in de overheidssector emplooi vindt (Bouwes, 2011). Omdat de economische wetenschap veel misverstanden oproept, is een belangrijk doel van dit artikel de moderne economie te beschrijven. Zonder goed begrip van de economische methode kan immers niet verwacht worden dat deze (goed) gebruikt zal worden.

Het vervolg van dit artikel is als volgt opgebouwd. Eerst betoog ik dat de economie niet zozeer een domeinwetenschap is, maar meer een onderzoeksmethode (2). Ik bespreek die methode en laat zien dat de aanname van “zelfzuchtig materialisme” er geen onlosmakelijk deel van uit maakt. Ik leg ook uit dat de positieve (verklarende) tak verder ontwikkeld is dan de normatieve, en dat deze laatste niet utilitaristisch is omdat nut meestal niet tussen personen vergeleken kan worden. Vervolgens ga ik in op rechtswetenschap, vooral om duidelijk te maken dat ik mij beperk tot het recht als instrument voor maatschappelijke ordening (3). Daarna komt de interesse van economen in het recht en de kritiek van juristen op de economische methode aan de orde (4). Ik nuanceer die kritiek en betoog dat zij vooral door miscommunicatie en misverstanden gevoed wordt. Kort geformuleerd zijn economische resultaten altijd voorlopig, en geconditioneerd op een model, terwijl juristen meer definitieve antwoorden wensen. In de twee daaropvolgende paragrafen illustreer ik de interactie tussen juristen en economen op twee deelgebieden. In (5) laat ik zien hoe economische inzichten zowel de interpretatie van het doel van de mededingingswet als de beleidspraktijk beïnvloed hebben. Daarna illustreer ik hoe de economische theorie verbeterd wordt door meer realistische aannames over menselijk gedrag te incorporeren, waardoor deze relevanter wordt voor de rechtswetenschap (6). In de Conclusie (7) vat ik de hoofdpunten uit mijn betoog samen.

2. ECONOMISCHE WETENSCHAP

In deze paragraaf leg ik uit dat de economie een brede sociale wetenschap is, niet beperkt tot het marktdomein. Naast gesystematiseerde kennis over de economie is het een onderzoeksmethode. Veel misverstanden, ook over de kernbegrippen rationaliteit en efficiëntie, ontstaan omdat velen zich dit niet realiseren of doordat “ouderwetse” concepten, ontwikkeld voor een marktcontext, ook buiten die context gebruikt worden. Ik bespreek de economische methode, de rol van aannames en modellen, en leg uit dat de positieve, verklarende tak van de economie veel verder ontwikkeld is dan de normatieve, en dat daar goede redenen voor zijn.

2.1 Economie: domein of methode?

Bij economie denken de meeste mensen meteen, maar ook alleen, aan de macro-economie. Dit is begrijpelijk, want dit deel van de economie trekt de meeste aandacht en raakt ieder van ons in meer of mindere mate. Dit is echter slechts één deel van de economie, ik schat ongeveer een kwart tot een-derde. Het is bovendien een enigszins atypisch deel omdat het niet gebaseerd is op methodologisch individualisme, het principe dat alle beschrijvingen en verklaringen uitgaan van individuen en niet van andere sociale categorieën (Arrow, 1994). In de (toegepaste) micro-economie, het overige deel van het domein, is dat wel het geval.

“Economie” verwijst zowel naar het economisch domein van de samenleving als naar de economische wetenschap, wat tot begripsverwarring leidt. De economische wetenschap is *niet* de discipline waarin de economie bestudeerd wordt. Ergens tussen 1776 (Adam Smith) en 1957 (Gary Becker) kon deze identificatie vermoedelijk wel gemaakt worden, maar daarvoor was economie geen aparte wetenschap, terwijl gedurende de laatste halve eeuw zij een veel groter domein is gaan bestrijken. Deze verandering is veelal onopgemerkt gebleven, ook omdat vrijwel alleen “macro-beleidseconomen” de media bereiken. Buitenstaanders identificeren economie met markten,

concurrentie en geld; zij zien economen als advocaten van concurrentie, die alles op geld waarderen en die dus juist de meest waardevolle zaken niet weten te waarderen. Niet alle economen zijn zo; micro-economen zijn meer experts m.b.t. marktfalen dan advocaten van marktwerking.

Backhouse en Medema (2009 a, b) beschrijven hoe de economie veranderde van “de studie naar de productie, verdeling en consumptie van (materiële) rijkdom” naar “*the science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*” (Robbins, 1932, p. 16). In plaats van de economie is sinds het eind van de 19^e eeuw het economisch handelen het onderwerp van studie. Omdat tijd altijd schaars is en op veel manieren gebruikt kan worden, impliceert deze definitie dat economie over vrijwel elk (doelgericht) menselijk handelen gaat (Becker, 1992). In de praktijk begint economie niet als er schaarste is, maar pas als die schaarste onder mensen verdeeld moet worden (Buchanan, 2001). In bovenstaande definitie kan daarom *human behavior* beter door *human interaction* vervangen worden. Niet keuze, maar ruil is dan het uitgangspunt. Deze versmalling brengt de economie dicht bij het recht, dat ook pas relevant wordt als er een samenleving is en conflict mogelijk.

Sinds Becker (1957) is ook niet-marktgedrag een expliciet en belangrijk onderwerp van studie. De economische discipline is dynamisch, steeds worden nieuwe velden toegevoegd, onlangs bijvoorbeeld nog de neuro-economie. Er is sprake van “economisch imperialisme” (Lazear, 2000). Grenzen tussen wetenschappelijke disciplines verschuiven, zij concurreren en diegene die betere antwoorden geeft groeit (Coase, 1978; Stigler, 1984; Demsetz, 1997). Economen zijn zelfverzekerd en geloven dat hun methode goede kansen heeft om uiteindelijk een groot gedeelte van de sociale wetenschappen te bestrijken. Zij geloven in de test van de markt: “*we must be doing something right*” (Aumann, 1984) en “*By almost any market test, economics is the premier social science*” (Lazear, 2000). Wat is die economische methode? Wat is “*The Economic Way of Looking at Life*” (Becker, 1992)?

2.2 De economische methode

Over die methode werd in het verleden door economen veel gediscussieerd. Dat die discussie nu vrijwel volledig verstomd is, kan als teken van volwassenheid worden bestempeld; zie ook het citaat van Staal in Barendrecht e.a. (2004). Aan anderhalve bladzijde heeft Solow (2010) genoeg om de kern (“keep it simple, get it right, and make it plausible”) te omschrijven. In brede lijnen is de methode uitgekristalliseerd. Natuurlijk wordt aan het verbeteren van de theorie en het aanscherpen van de instrumenten nog steeds hard gewerkt.

Robbins (1932) definieerde niet alleen de “economie”, maar maakte ook belangrijke opmerkingen over haar methode. Onder invloed van het logisch positivisme en gemotiveerd door de afnemende consensus onder economen, wenste Robbins feiten van speculatie en waardeoordelen te scheiden. Hij bepleitte volledige scheiding van *is* en *ought*; de wetenschap zou zich alleen met de verklaring van de feiten bezig moeten houden. Robbins realiseerde zich wel dat psychologie belangrijk was en dat dus niet geëist kon worden dat de theorie alleen op waarneembare (meetbare) grootheden gebaseerd kon worden. Bovendien zag hij dat een zuiver wetenschappelijke economie vaak geen beleidsuitspraken zou kunnen doen, en wilde hij niet uitsluiten dat economen, als burgers, verder wilden gaan dan de wetenschap toeliet. Daarom pleite hij voor transparantie: beleidseconomen (zij die de wetenschap met speculaties en/of waardeoordelen combineren) zouden in hun adviezen duidelijk aan moeten geven waar de wetenschap ophoudt en de persoonlijke opinie begint.

In de loop van de 20^e eeuw werden (academisch) economen het (impliciet) eens over de volgende uitgangspunten:

- (i) Het domein waarop economische analyse van toepassing is kan niet *a priori* worden afgebakend. Omdat het economisch systeem met andere samenhangt, vereist een goed begrip van dat systeem ook begrip van die andere, die dus ook tot het onderzoeksterrein behoren. Minstens zo belangrijk, de economische methode kan ook op die andere terreinen inzicht opleveren.
- (ii) Er kan niet *a priori* bepaald worden of economische analyse succes zal hebben; de resultaten moeten uitwijzen of de analyse inzicht oplevert of tot een oplossing leidt.

De instelling is pragmatisch; economen waarderen wat nuttig is, d.w.z. al datgene wat bijdraagt aan een beter inzicht.

- (iii) Er moet duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen positieve analyse, die als doel heeft de dingen te begrijpen, verklaren of voorspellen, prescriptieve analyse, die adviseert over hoe gegeven doelstellingen bereikt kunnen worden, en normatieve analyse die adviseert wat gedaan zou moeten worden.
- (iv) Theorievorming is van het grootste belang. De economische theorie, die bestaat uit een verzameling samenhangende modellen, geeft het kader waarin verschijnselen in samenhang gezien kunnen worden. In de theorie worden resultaten uit aannames resultaten afgeleid. Zij wordt beoordeeld aan hoeveel inzicht zij levert; of een aanname waarheidsgetrouw is, is van minder belang.
- (v) Om theoretische en empirische precisie en strengheid (“rigor”) te bereiken wordt gewerkt met modellen. Een model focust op een bepaald aspect of probleem en wordt geanalyseerd m.b.v. wiskundige en statistische technieken. Peter Diamond omschrijft het nut van de wiskunde goed in zijn bespreking van Posner (1973): *“Mathematics is both a method of exposition that makes some assumptions (or their significance) more apparent and a method of thought that makes some types of errors more difficult”* (Diamond, 1974).
- (vi) De verbinding tussen theorie en empirie is belangrijk. De theoretische resultaten (de relaties tussen variabelen) zijn gekoppeld aan empirisch toetsbare en/of getoetste verbanden of voorspellingen. Verklaring is iets anders dan voorspelling. Het trachten te voorspellen is een prima methode om te toetsen of ons begrip adequaat is, maar juist kunnen voorspellen wil niet noodzakelijk zeggen dat we de dingen ook echt begrijpen.

Al met al sluit de methode van werken nauw aan bij die uit de natuurwetenschappen. Het natuurwetenschappelijk model is echter niet meer dan een aspiratieniveau. Aumann (1984) verwoordt dat mooi: *“If our theory appears not to work, we don’t lose any sleep.”* De kern is echter dat sommige mensen wel wakker liggen en nadenken over wat de discrepantie tussen theorie en waarnemingen zou kunnen verklaren. Het is die wrijving die vooruitgang tot gevolg heeft. De economische wetenschap is cumulatief.

2.3 Economische theorie en aannames

Omdat, binnen de economie, theorie een zo grote rol speelt, is het zinvol daar nog wat uitvoeriger bij stil te staan; zie ook Varian (1989). Drie aspecten zijn belangrijk:

- (i) De aanname van individueel rationeel gedrag. Verondersteld wordt dat elk individu doelgericht is en handelt om zijn doelen zo goed mogelijk te bereiken. De individuele preferenties worden als gegeven beschouwd en niet beoordeeld; economen analyseren slechts de effecten ervan. Doelgerichtheid wordt geïdentificeerd met consistentie van gedrag: een beslissingsnemer heeft consistente voorkeuren en kan bovendien een goede inschatting van de toekomst maken. Dit impliceert dat de preferenties door een nutsfunctie weergegeven kunnen worden. In §2.4-2.5 ga ik hier verder op in.
- (ii) Verondersteld wordt dat de interactie tussen de verschillende individuen tot een evenwicht leidt. In positieve analyse wordt onderzocht hoe dit evenwicht afhangt van de parameters van de conflictsituatie (comparatieve statica).
- (iii) Uiteindelijke uitkomsten worden beoordeeld aan de hand van een individueel welzijns criterium, waarvoor veelal het containerbegrip “efficiëntie” gebruikt wordt. Dit is het terrein van de welvaartseconomie; zie §2.6.

De wiskundige precisie maakt het mogelijk de modellen en aannames te bekritisieren. Vanuit de rechtswetenschap is er vooral kritiek geweest op het eerste en het derde punt. Echter, omdat juristen niet zo bedreven zijn in de wiskunde, is die kritiek meestal algemeen gebleven. Economen zijn daarvan niet echt onder de indruk. Zij vinden de kritiek te algemeen en (deels) onterecht: aannames zijn altijd nodig en altijd voorlopig. Het belang van die aannames blijkt pas in de analyse, maar over die analyse blijven juristen meestal stil.

2.4 Rationaliteit of *Homo Economicus*?

De economie is gebaseerd op de aanname van individuele rationaliteit, maar zij veronderstelt niet dat mensen louter zelfzuchtig en materialistisch zijn. “*Unlike Marxian analysis, the economic approach (...) does not assume that individuals are motivated solely by selfishness or gain*” (Becker, 1992). Mensen geven om meer dan geld alleen en economische analyse dwingt niet te veronderstellen dat mensen één-dimensionaal zijn. Doelgericht zijn is niet hetzelfde als egoïstisch en alleen geïnteresseerd in het eigen gewin. Toegegeven moet worden dat in het marktdomein economen meestal wel veronderstellen dat mensen streven naar optimale materiële welvaart. Op de markt prefereert ieder een daalder boven een gulden. Juist is ook dat veel economen ook buiten het marktdomein uitgaan van egoïstisch materialisme en dat zij niet altijd transparant zijn over deze extra aanname, zodat hen dus iets te verwijten valt. Robbins (1932) wees er al op dat zelfzuchtig materialisme *geen* onlosmakelijk onderdeel van de economie is. Omdat voorspellingen gebaseerd op zelfzuchtig materialisme in een niet-markt context vaak verkeerd uitpakken, is de aanname van *Homo Economicus* in een dergelijke context *niet* te rechtvaardigen.

Geld is soms een belangrijke drijfveer, maar er is meer dan geld alleen. Mensen zijn verschillend en sommigen zijn meer materialistisch ingesteld dan anderen. Het in Güth *et al* (1982) geïntroduceerde ultimatumspel is van grote invloed geweest voor de verbreding en verbetering van de economische analyse. In dit spel zijn er twee spelers, *A* en *B*. Een derde stelt €100 ter beschikking en *A* mag besluiten hoeveel daarvan, *b*, aan *B* te geven. Indien *B* het bedrag accepteert, krijgt *B* het bedrag *b*, terwijl *A* de rest, $100 - b$, mag houden; als *B* het geboden bedrag weigert, krijgen geen van beide spelers iets. Als beide spelers egoïstisch en louter materialistisch zijn, en als *A* dit weet, dan zal *A* €0,01 aan *B* geven en zelf €99,99 opstrijken. In de praktijk zien we dat *B* lage bedragen afwijst en dat *A* daarop anticipeert door iets “in de buurt van” €50 te bieden. Mogelijke redenen dat *B* lage bedragen afwijst, zijn dat zij *fairness* belangrijk vindt of dat zij lage bedragen als aantasting van haar menselijke waardigheid ziet. Respect en zelfrespect zijn belangrijk en men is best bereid wat te betalen om dat in stand te houden. Waar waardigheid in het geding is, moet waardigheid in de nutsfunctie worden opgenomen, en niet uitsluitend zoiets relatief triviaals als geld. Dat kan ook, maar het gebeurt lang niet altijd.

Als mensen zich om meer dan alleen het materiële aspect bekommeren, dan kan een wetenschap die wil bijdragen aan verbetering van het menselijk welzijn de niet-materiële aspecten niet buiten beschouwing laten. Een econoom moet dus niet alleen kunnen zeggen hoe beleid de welvaart verhoogt, hij mag ook de vraag hoe het beleid het (individuele) welzijn beïnvloedt niet uit het oog verliezen. Natuurlijk is het antwoord niet zo eenvoudig te geven. Waar materiële welvaart nog aan inkomen en vermogen kan worden afgelezen, is welzijn toch vooral subjectief. We komen hier op het raakvlak van de economie en de psychologie, waar in de laatste decennia weer veel aandacht voor is. Ik kom daar in §6 op terug, maar bespreek nu eerst het conventionele (speltheoretische) model. Om conceptueel helderheid te verschaffen, is het nodig wat formeler te zijn.

2.5 “Het” economisch model

Veronderstel een samenleving I met n individuen, $I = \{1, 2, \dots, n\}$, waarin regels, R , gelden die o.a. bepalen wat de leden mogen doen en wat de gevolgen zijn als iemand van zijn verplichtingen afwijkt. Elk individu kan bepaalde acties ondernemen; A_i zijn de mogelijke acties van i . Interactie tussen de individuen leidt uiteindelijk tot een bepaalde uitkomst $x \in X$. Elk individu i heeft preferenties over deze mogelijke uitkomsten, die gerepresenteerd worden door een nutsfunctie $u_i(\cdot)$. Er wordt dus aangesloten bij het consequentialisme: alleen uitkomsten tellen. Omdat open gelaten is wat precies als uitkomst telt (ook de procedure die gevolgd is kan onderdeel zijn van de uitkomst), is deze aanname echter minder beperkend dan zij lijkt. We schrijven $u_i(x)$ voor het nut dat i aan uitkomst $x \in X$ toekent, waarbij hogere waarden beter zijn. Doelgerichtheid (rationaliteit) wil nu zeggen dat een individu streeft naar de uitkomst die hem het hoogste nut oplevert.

In hun baanbrekende werk hebben Von Neumann en Morgenstern (1944) laten zien dat de individuele nutsfuncties meetbaar zijn. Elke nutsfunctie u_i is te bepalen, afgezien van een lineaire schaalverandering. Individueel nut is dus zoiets als temperatuur; we kunnen het meten in graden Celsius of Fahrenheit. Meetbaarheid impliceert echter *niet* dat nut interpersoneel vergelijkbaar is: elke speler heeft zijn eigen schaal. Als personen P en Q de objecten A en B ruilen, kunnen we stellen dat beiden erop vooruit gaan, maar we weten niet wie er het meest op vooruit gaat. Mijn

plezier (nut) is niet met dat van de lezer te vergelijken; de uitspraak “ik heb meer pijn dan u” is (nog) niet wetenschappelijk toetsbaar. Omdat we geen methode kennen om nut interpersoneel te vergelijken, neemt de economie aan dat dergelijke nutsvergelijkingen, in het algemeen, onmogelijk zijn.

In sommige gevallen kunnen nutsvergelijkingen wel gemaakt worden. Als alles in geld uitgedrukt kan worden, kan vergeleken worden. Als ik op een veiling meer voor een schilderij biedt dan u, dan ken ik er klaarblijkelijk meer waarde aan toe, aannemende dat uw budgetbeperkingen niet bindend zijn. *Als* alle dingen op geld gewaardeerd kunnen worden *en als* geld voor iedereen dezelfde waarde heeft, dan zijn nutsvergelijkingen mogelijk. Beide aannames zijn echter zeer stringent. Zo menen veel mensen (en is er bewijs) dat geld meer waard is voor mensen die er minder van hebben. Een conclusie is dat binnen de marktcontext nutsvergelijkingen in zekere mate mogelijk zijn, maar daarbuiten vermoedelijk niet.

In positieve analyse probeert een econoom te voorspellen wat de uitkomst $x(R)$ van de interactie tussen de individuen zal zijn. Wat i doet hangt af van de spelregels, R , en van wat zij verwacht dat de anderen zullen doen. Bij de veronderstelde rationaliteit zijn acties en verwachtingen in (Nash) evenwicht. Uiteindelijk bepalen de regels R wat iedereen doet en wat de uitkomst $x(R)$ is. In normatieve analyse is de vraag: hoe beoordelen we de uitkomst $x(R)$? Alvorens op deze vraag in te gaan, stip ik kort een aantal beperkingen van het model aan.

Ten eerste is het model statisch; er is geen dynamiek. Zo lang alles (probabilistisch) voorspelbaar is, kan dynamiek echter worden meegenomen. Ten tweede ben ik, voor wat betreft de normatieve analyse, voorbij gegaan aan de belangrijke vraag wie eigenlijk tot de samenleving I gerekend wordt. Wie telt mee? Als we het over Nederlands beleid hebben, kijken we dan alleen naar de inwoners van Nederland, of wereldwijd? Hoe gaan we om met toekomstige generaties? Kunnen we erop rekenen dat ouders de belangen van hun (eventueel nog niet geboren) kinderen voldoende zwaar zullen laten meewegen? Of moeten we toekomstige generaties als afzonderlijke individuen in het model meenemen? Hoe weten we wat hun voorkeuren zullen zijn? Hoe weten we eigenlijk

wat de voorkeuren van de nu levenden zijn? Is ons meetinstrument adequaat? Moeten we alle bestaande nutsfuncties wel meenemen? Hoe gaan we om met een Bin Laden die liefst de gehele Westerse wereld wil uitroeien? Deze vragen zijn natuurlijk eeuwenoud. Ik noem ze hier om aan te geven dat de economie voor de meeste hiervan geen oplossing heeft.

2.6 Welvaartseconomie en Efficiëntie

Deze deelparagraaf behandelt het normatieve luik van de economie. Op dit terrein, wat direct raakt aan het normatieve van de rechtswetenschap, zijn er veel misverstanden, die o.a. veroorzaakt worden door een onzorgvuldig en niet eenduidig gebruik van het begrip efficiëntie. Het is dus belangrijk om precies te zijn, vandaar dat ik aansluit bij het in §2.5 beschreven formele model.

De vraag die centraal staat is hoe de resulterende uitkomst $x(R)$ maatschappelijk gewaardeerd kan worden. Bestaat er, analoog aan de individuele nutsfuncties, ook zoiets als een maatschappelijke welzijnsfunctie: een numerieke waardering van de uitkomsten waarbij een hoger getal correspondeert met hoger maatschappelijk welzijn? Barendrecht (2002, p. 606) meent van wel. Hij stelt “maatschappelijk welzijn: dat is de som van het welzijn van individuele mensen”. Een kwestie van optellen dus, $MW(x) = \sum_{i=1}^n u_i(x)$. Zo eenvoudig is het echter niet. Optellen, utilitarisme, veronderstelt dat het nut van verschillende individuen vergeleken kan worden, maar, zoals in §2.5 werd besproken, weten we, buiten de marktcontext, niet hoe dat te doen. Het is dus van belang onderscheid te maken naar de context.

Beschouw dus eerst een marktcontext en veronderstel dat het niet onredelijk is aan te nemen dat (i) alles op geld gewaardeerd kan worden, en (ii) geld voor iedereen dezelfde waarde heeft. Economen spreken in dit geval van quasi-lineaire nutsfuncties. (Formeel: naast X als in §2.5 is er een (niet te kleine) hoeveelheid geld m die verdeeld kan worden, en is de nutsfunctie van $i \in I$ gegeven door $U_i(x, m_i) = u_i(x) + m_i$, waarbij m_i het bedrag is dat i krijgt.) In dit geval kunnen nutsverschillen in geld uitgedrukt worden en is utilitarisme welgedefinieerd. Een uitkomst x is

Kaldor-Hicks efficiënt als de utilitaristische som $\sum_{i=1}^n u_i(x)$ maximaal is, waarbij het niet uitmaakt hoe het geld m verdeeld wordt. Dit criterium, dat in kosten-baten analyses vaak gebruikt wordt, eist slechts dat verliezers potentieel gecompenseerd kunnen worden, maar niet dat die compensatie daadwerkelijk plaats vindt. Posner's (1973) *wealth maximization* is vergelijkbaar. Niet alle economen vinden echter dat verdeling onbelangrijk is; individuele rechten moeten immers gerespecteerd worden. Sen (1973) merkt droogjes op: “*maximizing the sum of individual utilities is supremely unconcerned with the interpersonal distribution of that sum.*”

(Utilitaristische) kosten-baten analyses worden ook in een niet-marktcontext wel gebruikt en zijn dan (begrijpelijk) controversieel. Niet alles is altijd in geld uit te drukken. Zelfs als dat kan kent niet iedereen aan geld evenveel waarde toe. Ten derde staan we niet onverschillig tegenover hoe de totale koek verdeeld wordt. Ik denk dat veel van de weerstand tegen rechtseconomen verklaard wordt uit het feit dat zij ook in een dergelijke context het utilitarisme verdedigen.

In een context waarin interpersonele nutsvergelijkingen niet mogelijk zijn, is het utilitarisme niet te handhaven. In zijn fundamentele artikel Arrow (1950), liet Ken Arrow zien dat we, in dat geval, ook niet op een andere manier tot een maatschappelijke welzijnsfunctie kunnen komen, en wel omdat individuele preferenties dan niet op bevredigende wijze geaggregeerd kunnen worden. De enige manier om consistent te aggregeren is door een dictator te laten beslissen, maar dat botst op hoger geordende vrijheidsprincipes. De conclusie is dat, als we niet kunnen vergelijken, we ook niet kunnen aggregeren. Zonder de mogelijkheid van vergelijking is “maatschappelijk welzijn” een leeg begrip.

In dergelijke situaties sluit, voor normatieve beoordeling, een econoom aan bij de preferenties van de individuen in de samenleving; zij leveren immers de enige waarderingscriteria die we gemodelleerd hebben. Individueel i waardeert de uitkomst met nut $u_i = u_i(x(R))$, zodat de enige bouwsteen voor de maatschappelijke waardering de vector $U = U(R) = (u_1, \dots, u_n)$ is. De meeste economen gaan uit van het welzijnsisme (*welfarism*, Sen 1979): de sociale wenselijkheid van een uitkomst is uitsluitend gebaseerd op, en is een stijgende functie van, de waarderingscriteria van de

individuen in de samenleving I zoals deze in hun nutsfuncties tot uitdrukking komen. (Sen zelf argumenteert overigens dat het welzijnsisme te beperkend en dat meer dan nutsinformatie meegenomen zou moeten worden.) Anders geformuleerd: (i) alleen de waarden van de leden van de samenleving tellen, en (ii) als alle individuen uitkomst x beter vinden dan y ($u_i(y) > u_i(x)$ voor alle $i \in I$), dan geldt dat ook voor de maatschappij als geheel. Deze tweede voorwaarde staat ook wel bekend als het criterium van Pareto. Dit criterium leidt tot het begrip Pareto efficiëntie: een uitkomst x is Pareto-efficiënt als er geen andere uitkomst y is die elk lid van de samenleving beter vindt.

Pareto-efficiëntie is het belangrijkste normatieve criterium van de econoom. Het Pareto-criterium is heel bruikbaar als *benchmark* in positieve analyses, omdat bij Pareto-inefficiëntie de vraag is waarom onderhandelingen niet tot een betere uitkomst geleid hebben. Een normatieve constatering leidt dus tot een positieve vraagstelling, bijvoorbeeld: zouden andere maatschappelijke regels R tot een Pareto-betere uitkomst leiden? Anderzijds moet gesteld worden dat, in een normatieve analyse, het Pareto-criterium veelal meerdere uitkomsten toelaat: de eis van Pareto-efficiëntie gaat niet erg ver. In een marktcontext is dat anders. Bij quasi-lineaire preferenties is Pareto-efficiëntie hetzelfde als Kaldor-Hicks efficiëntie, generiek is dan x uniek, terwijl de verdeling van het geld volstrekt onbepaald is.

Beschouw, ter illustratie, een geschil tussen eiser E en gedaagde G en veronderstel dat beiden zelfzuchtig zijn en zuiver materialistisch ingesteld. Een uitkomst correspondeert dan (bijvoorbeeld) met hoeveel schadevergoeding de rechter aan eiser E toekent. Elke uitkomst is Pareto-efficiënt: als de een erop vooruit gaat, gaat de ander er immers op achteruit. Met het Pareto-criterium kan de *normatieve* vraag hoeveel schadevergoeding op zijn plaats is dus niet beantwoord worden. Over het *ex post* probleem, bij de rechter, hebben economen dus weinig te zeggen. Anderzijds is er ook een *positieve* puzzel: *waarom* staan de partijen voor de rechter? Toegang tot het recht is niet kosteloos en de partijen kunnen zich die kosten besparen door te onderhandelen “in de schaduw van het recht”. Wat verklaart waarom partijen niet succesvol onderhandeld hebben?

Het bovenstaande verklaart waarom economen vaak zwijgen als zij met normatieve vraagstukken geconfronteerd worden en waarom zij zich veelal tot positieve analyses beperken. Als ze geen nutsvergelijkingen kunnen maken, kunnen ze niet verder gaan dan het toepassen van het Pareto-efficiëntie criterium, wat heel zwak is: elke overeenkomst waarbij partijen “er uit komen” is Pareto-efficiënt. Economen kunnen wel iets zeggen over welke uitkomst rationele onderhandelingen zouden opleveren, maar zo’n uitkomst is niet noodzakelijk “fair”. Zo volgt uit de theorie van Nash (1950) dat bij onderhandelingen tussen een arme en een rijke de laatste meer dan de helft zal krijgen, terwijl onze intuïtie over “fairness” juist is dat de arme meer krijgt. Bovendien geldt dat, zelfs als nutsvergelijkingen gemaakt kunnen worden, economen niet goed weten hoe ze met verdelvingsvraagstukken om moeten gaan. Het Kaldor-Hicks efficiëntie criterium is een “truc” om dat vraagstuk uit te besteden, maar veel economen voelen zich daarbij ongemakkelijk omdat het individuele rechten niet respecteert. Het is daarom begrijpelijk dat Atkinson (2009, 2011) economen oproept om normatieve analyse meer aandacht te geven.

Deels is de beperking tot positieve analyse ook wel te rechtvaardigen. De traditionele welvaartseconomie gaat er van uit dat het doel is het “maatschappelijk welzijn” te maximaliseren en zij kent daarbij een belangrijke rol toe aan de overheid, die bijvoorbeeld geacht wordt markten zodanig te ordenen en te reguleren dat Pareto-verbeteringen gerealiseerd worden. Die traditionele theorie gaat er dan bovendien van uit dat, waar de overheid het maatschappelijk welzijn *kan* verhogen, zij dat ook *zal* doen. Hierbij worden normatieve en positieve aspecten verward: de aanname dat de overheid *zal* doen wat goed voor ons *is*, is niet alleen naïef, maar leidt ook tot verkeerde voorspellingen, en dus niet gerechtvaardigd. Positieve analyse van de overheidssector, volgend op het baanbrekende Stigler en Friedland (1962) heeft laten zien dat de overheid niet op deze manier handelt. Echt verrassend is dat niet: haar handelen wordt institutioneel bepaald, en uitgevoerd door individuen die hun eigen belangen mee laten wegen. Stigler (1971, 1982) stelde daarom dat, alvorens adviezen aan de overheid te geven, de aandacht beter eerst gericht kon worden op hoe die overheid functioneert, om zo een beter begrip te krijgen van welke adviezen een kans maken om geaccepteerd te worden.

2.7 Conclusie

De economische wetenschap gaat over meer dan de economische sector. Economie is de positief-analytische en empirische maatschappijwetenschap waarin, op basis van de aanname van individueel rationeel handelen, verklaringen voor en voorspellingen van maatschappelijke uitkomsten gegeven worden. Rationaliteit betekent doelgericht handelen, maar veronderstelt niet dat mensen materialistisch of zelfzuchtig zijn. In een marktcontext wordt wel vaak verondersteld dat alleen geld telt, en dan voor iedereen even veel. In deze context zijn economen utilitaristisch, maar niet indifferent met betrekking tot hoe de koek verdeeld wordt. Buiten die context vermijden economen normatieve uitspraken veelal, vooral ook omdat ze niet weten hoe welzijn van verschillende personen vergeleken kan worden. Als dat niet kan, kan maatschappelijk welzijn niet zinvol gedefinieerd worden. In dit geval respecteren economen de voorkeuren van de leden van de samenleving (welzijnsisme) en beoordelen zij uitkomsten aan de hand van het Pareto-criterium, dat veel oplossingen toestaat. Positieve (wetenschappelijke) analyse leidt meestal niet tot directe beleidsconclusies. Bij het geven van beleidsadviezen worden economen geacht duidelijk aan te geven waar hun wetenschap ophoudt en hun opinie (speculatie of normatief oordeel) begint.

3. RECHTSWETENSCHAP

Er zijn twee redenen waarom deze paragraaf is opgenomen. De jurist ziet wat mijn beperkingen, uitgangspunten en bronnen zijn, en wat ik niet weet of verkeerd begrepen heb. De econoom leert misschien waar het in de rechtswetenschap zoal over gaat en waarom het recht en de rechtswetenschap voor hem relevant zouden kunnen zijn. Goede communicatie is slechts mogelijk als we elkaar verstaan; deze paragraaf probeert daaraan een bijdrage te leveren. Na afronding van het concept van dit artikel heb ik kennis genomen van Vranken (2006a), wat zeer verhelderend is en wat mij tot verdiept inzicht gebracht heeft (Van Damme, 2013).

Mijn interactie met juristen heeft tot plezier en inzicht geleid, maar heeft niet alle verwondering weggenomen. Juristen bespreken interessante problemen, maar de manier waarop ze tot antwoorden komen is (mij) onduidelijk. Hoe juristen overeenstemming bereiken dat een bepaald antwoord toegelaten, goed, of mooi, of innovatief is, is (voor mij) niet altijd te bevatten. Directe collega's (economen) delen mijn verwondering. Ik vermoed dat ook andere sociale wetenschappers niet goed weten wat juristen doen en dat, als ze van juridisch werk kennis nemen, zich afvragen "wat is dit?".

Gegeven dat de rechtswetenschap zo anders is dan de sociale, is verwondering natuurlijk niet verrassend. Zoals boven besproken is economie vooral een positief-analytische wetenschap, terwijl veel juristen stellen dat de rechtswetenschap vooral normatief is. Onbekendheid met de normatieve methode leidt tot verwondering. Maar er is ook inhoudelijke spanning. Hoe komen, gegeven de in §2 genoemde onmogelijkheidsresultaten, de juristen tot hun conclusies? Wat zijn hun aannames? Als belangenafweging theoretisch niet mogelijk is, hoe doen rechters dat dan in de praktijk? Juristen spreken in dit kader vaak over "springen" (van feiten) naar normatieve conclusies, maar een sociale wetenschapper vraagt zich dan af of zonder verdere positieve analyse die sprong wel gemaakt kan worden, en of dat springen überhaupt wel kan. Het academisch debat dat in Nederland over de juridische methode gevoerd werd, en waarbij gesproken werd van "identiteitscrisis" (Smits, 2009), en waarbij titels zoals "Waartoe is het recht op aarde?"

(Nieuwenhuis, 2005 en 2006a) gebruikt werden, maakt duidelijk dat op dit punt ook voor juristen zelf niet alles helder is. Als juristen het zelf niet weten of zelf onzorgvuldig zijn, dan is het niet verwonderlijk dat buitenstaanders het spoor bijster raken.

3.1 Definitie en functie van het recht

Stolker (2003) schrijft dat juristen de definitie van het recht meestal ontlopen door liever de functies ervan te beschrijven. Dat is te begrijpen. Een definitie als “*a law is an obligation backed by state sanctions*”; Cooter, 1998) is nuttig, maar draagt het gevaar in zich dat men zich onvoldoende realiseert dat recht meer is dan een verzameling regels. Stolker verwijst vervolgens naar Glastra van Loon (1988) die als belangrijkste functies van het recht noemt:

- (i) de ordening van de maatschappij;
- (ii) de beslechting van geschillen; en
- (iii) de handhaving van orde en regels;

waarbij het recht deze functies zodanig moet vervullen, dat voldaan is aan eisen van rechtvaardigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid. Hol (2003) stelt dat van deze drie rechtvaardigheid het hoogste doel is, dat rechtszekerheid (samenhang en helderheid over wat precies van mensen verwacht wordt) als tweede komt en dat doelmatigheid het laagst in de hiërarchie staat. Hol lijkt hier aan te sluiten bij Radbruch (2006), waarin onder andere de zin “*By no means is law anything and everything that ‘benefits the people’*” intrigeert, omdat deze spanning met het welzijnsisme suggereert.

Glastra van Loon, noch Hol definieert wat met doelmatigheid bedoeld wordt, zodat de vraag blijft of niet met doeltreffendheid volstaan zou kunnen worden. Radbruch spreekt over *Zweckmäßigkeit* wat de vertaler *purposiveness* noemt. Doelmatigheid (efficiëntie) gaat verder dan doeltreffendheid: het beoogde doel moet niet alleen gerealiseerd worden, maar de bijbehorende kosten moeten in redelijke verhouding staan tot de opbrengsten. Dit roept meteen de vraag op wat de jurist als kosten en opbrengsten ziet en meet, waarmee we aan de economie raken. Ik ben daarover in de literatuur

niet veel tegen gekomen. Het lijkt soms dat juristen met de eerste twee doelen al zoveel te stellen hebben dat ze aan het derde niet toe komen.

Zuiverheid van terminologie is belangrijk om misverstanden te voorkomen. Als Hol onder het kopje “De rechtseconomische invalshoek” stelt “Dit betekent dat vanuit economisch gezichtspunt het doel van het recht is om de samenleving efficiënt in te richten: doelmatigheid en efficiëntie vallen hier samen”, zijn minstens drie dingen mis gegaan: (i) doelmatigheid en efficiëntie betekenen altijd hetzelfde; (ii) efficiëntie is geen doel op zich, maar is aan een doel gerelateerd, en (iii) efficiëntie is niet hetzelfde als Pareto-efficiëntie. Een econoom beoogt de samenleving zo in te richten dat de belangen van de daarin levende mensen zo goed mogelijk gediend worden; dit dwingt zeker niet om de twee belangrijkste doelen van het recht buiten beschouwing te laten. Als de leden van de samenleving deze doelen nastreven komt dit in hun nutsfuncties en dus in het Pareto criterium tot uiting. De econoom wenst geen efficiënte inrichting van de samenleving, hij wil een inrichting die zo goed mogelijk aan de wensen van de leden van de samenleving tegemoet komt.

Voor mij benadrukt de bovenstaande omschrijving dat recht een instrument is. Ik realiseer me dat, als instrument, het recht niet te snel mag veranderen, omdat dit tot spanning met rechtvaardigheid, rechtszekerheid en mogelijk ook met doelmatigheid kan leiden. Ik ben me er ook van bewust dat (veel) juristen vinden dat recht niet louter instrumenteel is, en ik kan me bij “recht als gestolde normen en waarden” ook wel iets voorstellen, maar ik kan niet beoordelen hoe belangrijk deze andere aspecten zijn en tot welke andere inzichten ze leiden. In het navolgende laat ik die aspecten dus buiten beschouwing en ga ik dus uit van een instrumentele visie op het recht. Engel (2013) schrijft: “*One need not interpret legal rules as governance tools. But many lawyers do*”, waaruit ik afleid dat de beperking tot dit perspectief niet ongerechtvaardigd is. Ik denk dat de meeste andere sociale wetenschappers het recht op vergelijkbare wijze benaderen.

In ieder geval kijken economen er zo tegenaan. Zij hebben meer aandacht voor de ordenende functie van het recht dan voor geschilbeslechting. Dit sluit goed aan bij het model dat in §2.5

geschetst werd: het recht als de regels van het spel waarbinnen de rechtspersonen opereren. De twee belangrijkste vragen die het recht voor een econoom oproept zijn: (i) (positief) “hoe beïnvloeden de regels R de uitkomst $x(R)$?” (ii) (prescriptief) “hoe moeten de regels R gekozen worden om gegeven maatschappelijke doelen d , te bereiken?” Voor een derde vraag, “wat zouden de doelen d moeten zijn?” hebben economen veel minder aandacht. Voor hen is het antwoord duidelijk en ligt het buiten hun domein; het is wat de mensen willen,

Tot ongeveer 1960 toonden economen overigens niet zo veel belangstelling voor het recht. Het recht werd als gegeven beschouwd, en goed-functionerend, zodat het buiten de analyse kon blijven. Vanaf de jaren 1960 gingen zij maatschappelijke instituties steeds meer zien als (analyseerbare en verbeterbare) instrumenten om de maatschappij te ordenen en te reguleren. Tekenend is dat Vermaat e.a. (1987), een boek over Nederlandse economen uit de periode 1800-1950, de titel “Van liberalisten tot instrumentalisten” draagt.

Ik vermoed dat in de 20e eeuw ook politici het recht steeds meer als beleidsinstrument gingen zien: het recht in dienst van de maakbare samenleving. (Verbeterbaar lijkt overigens een betere term.) In Nederland duikt dat begrip pas in de jaren 1970 op, maar Nasar (2011) laat zien dat Engelse economen daarover al veel eerder spraken. Met die verschuiving werden er hogere eisen aan het recht gesteld en verloor de rechtswetenschap haar onafhankelijkheid van de sociale wetenschappen. Kennis van rechtsdoctrine en moraalfilosofie volstaat niet om de maatschappij effectief, laat staan efficiënt, te kunnen ordenen. Daarvoor is ook een theorie nodig die voorspelt hoe de maatschappelijke uitkomst $x(R)$ zal veranderen als gevolg van een verandering in de regels R . Tevens is een methode nodig om te bepalen of de regels effectief zijn. Het zijn juist de sociale wetenschappen, waaronder de economie, die deze theorieën en methoden leveren.

Posner (1987) bespreekt *The Decline of Law as an Autonomous Discipline* in de VS. Hij stelt, kort samengevat, dat, terwijl de maatschappij de eisen aan het recht opschroefde, het recht steeds slechter ging functioneren. Natuurlijk voert het te ver om dit uitsluitend aan de juridische wetenschap toe te schrijven; ook bij de omzetting van ideeën in beleid kan veel mis gaan. Ik vind

Posner's argumenten overtuigend en vermoed dat een aantal daarvan ook in Europa geldig zijn. Als recht een instrument is, dan verwachten we dat dat werkt. Vooraf stellen we de vraag of iets zal werken (*ex ante impact assessment*), achteraf komt de vraag of het gewerkt heeft (*ex post evaluation*) en, indien niet, waar dit dan aan toe te schrijven is. Men zou verwachten dat de vraag naar de effectiviteit van het recht ook door juristen in hun beschouwingen werd betrokken. In de VS was dat echter niet het geval. In het openingsartikel van het *Journal of Legal Studies* stelt Stigler (1972) dat Amerikaanse juristen deze (sociaalwetenschappelijke) vraag links hadden laten liggen. Ik vermoed dat het in Europa niet anders was. Het is zeker ook een vraag die niet goed past bij de kernactiviteiten van een traditioneel opgeleide jurist. De empirische vraag naar de werking van het recht leidt op natuurlijke wijze tot *Law and Social Science*. Om de *ex ante* vraag goed te kunnen beantwoorden is een theorie nodig die voorspelt welk effect een wijziging zal hebben. Juist de economie levert zo'n theorie; de vraag naar de verwachte effecten leidt dus op natuurlijke wijze tot *Law and Economics*.

Met het idee van de verbeterbare samenleving is ook het werkterrein van de jurist verschoven. Bouwes (2011, p. 61) stelt: "De overheid is de grootste werkgever voor afgestudeerden. In 2004 ging bijvoorbeeld 28% van de afgestudeerden bij de overheid werken." Met de juridisering van de samenleving is de vraag naar overheidsjuristen gegroeid, groei die vervolgens ook weer juridische vraag bij belangengroepen uitlokt. De kernvraag voor overheidsjuristen is niet "hoe beslechten we dit geschil?" maar "welke regels dienen de samenleving?". Deze vraag kan niet vanuit een *ex post* perspectief beantwoord worden; het antwoord vereist een theoretisch perspectief en een voorspelling. Het bovenstaande impliceert dat in ieder geval voor overheidsjuristen gedegen kennis van de economische wetenschap nuttig is.

3.2 Rechtswetenschap of rechtsgeleerdheid?

Als Stolker (2003) stelt dat "De meeste juridische onderzoekers zijn onvoldoende toegerust om een analyse te maken van de doelmatigheid van een oplossing en die af te wegen tegen de andere perspectieven", dan zegt hij in feite dat de opleiding juristen niet in staat stelt te beoordelen of een

rechtsregel aan de aan haar gestelde eisen voldoet. Ik vind dat nogal wat, en vind het opmerkelijk dat in de daarop volgende discussie, voor zover mij bekend, niemand is opgestaan die het op dit punt met hem oneens is. Gegeven de boven gegeven functionele definitie van het recht lijkt mij dit de kerntaak van de juridische wetenschapper, zodat iedere jurist die afweging wel zou moeten kunnen maken.

De reacties op Stolker's artikel kunnen in vier klassen worden ingedeeld:

- (i) Een pleidooi voor meer multidisciplinair onderzoek (de meerderheid);
- (ii) Een pleidooi voor een geïntegreerde rechtswetenschap, de *jurisprudentia*, waarvan de kern het kritisch-rationalisme is, en waarin het beschrijvend-analytisch perspectief, het empirische en het normatieve alle aan de orde komen (Hol, 2003);
- (iii) Een pleidooi voor herwaardering (opwaardering) van het traditionele juridische perspectief, met uitbesteding van de normatieve vragen aan de politiek (Van Rhee, 2004: "De vraag naar de wenselijkheid is een politieke vraag");
- (iv) Een pleidooi om vooral op het normatieve aspect te focussen (Smits, 2009: "recht is de wetenschap over wat in rechte behoort").

Ik sluit mij bij Hol aan. Ik denk dat de eerste oplossing tot implementatieproblemen leidt en meen dat kerntaken niet uitbesteed kunnen worden. Het zelf doen heeft de voorkeur boven het inschakelen van hulptroepen uit andere disciplines. Als de jurist op productieve wijze met andere sociale wetenschappers wil samenwerken, dan zal hij ook hun taal moeten spreken en zal hij wiskundige en statistische methoden moeten beheersen. Maar als hij dat toch doet, kan hij het werk net zo goed zelf doen.

Hoewel ik het niet helemaal overzie, meen ik ook dat de derde en vierde oplossing beide toch een soort van struisvogelpolitiek zijn; alsof er geen probleem is. Dat probleem, dat de rechtswetenschap niet in staat is de aan haar gestelde vragen bevredigend te beantwoorden, lijkt er wel degelijk te zijn. Van Rhee noemt het positieve aspect in het geheel niet. Ook de door Jan Smits voorgestelde richting miskent het belang van positieve analyse voor de normatieve. Smits neemt

bovendien aan dat gebruikers met een menu aan oplossingen tevreden zullen zijn. Verder valt op dat de normatieve vragen die hij formuleert veelal binair zijn; echter er zijn ook normatieve vragen die een kwantitatief antwoord vereisen; als een slachtoffer recht heeft op schadevergoeding, hoeveel dan? Als een marktpartij met een economische machtspositie geen misbruik daarvan mag maken, welke prijs mag zij dan maximaal vragen? Bij hoeveel steun is sprake van verboden staatssteun?

Ik zou graag weten hoe een rechter een belangenafweging maakt: in hoeverre is dat *Art* en in hoeverre *Science*? Economen mensen dat uitsluitend op basis van wetenschappelijke argumenten geen normatieve conclusies getrokken kunnen worden (§2). Kern van een rechterlijke uitspraak lijkt dat juist wel interpersonele nutsvergelijkingen gemaakt worden: is het leed van het slachtoffer in voldoende mate door de dader goedge maakt? Ook als die vraag niet zuiver wetenschappelijk is, blijft staan in welke mate de wetenschap een rol kan spelen. Een conclusie dat het louter een zaak van *Art* is, zou onbevredigend zijn. Wellicht dat de mate van spreiding in rechterlijke uitspraken enig zicht geeft op de vraag in hoeverre subjectiviteit een rol speelt. Voor zover mij bekend is dergelijk onderzoek in Nederland niet gedaan. Mijn vraag hoe je goed normatief werk aflevert is tot nu toe onbeantwoord, mijn verwondering blijft dus. Het criterium van Singer (2008) dat een rechterlijke uitspraak voor beide partijen acceptabel moet zijn en dat de verliezer recht op uitleg heeft lijkt erg open. Zijn mop over de rabbijn uit *Fiddler on the Roof* illustreert volgens mij de onmogelijkheidsstelling uit §2.6. Ik zou graag weten of we verder kunnen komen.

3.3 Conclusie

De twee belangrijkste functies van het recht, de ordening van de maatschappij en de beslechting van geschillen, zijn zeer verschillend. Adequate ordening vereist een *ex ante* perspectief. De vraag “zal dit werken?” kan niet zonder input uit de sociale wetenschappen beantwoord worden en ook bij de *ex post* evaluatie van regels (“heeft het gewerkt?”) kunnen methoden uit de sociale wetenschappen een belangrijke rol spelen. Omdat het recht belangrijk is, stelt de maatschappij er terecht hoge eisen aan. Stolker’s stelling dat de juridische discipline momenteel de markttest niet

kan doorstaan is niet weerlegd. Ik hoop dat, met hulp van de economie, de *jurisprudentia* zich tot een volwaardige sociale wetenschap zal ontwikkelen.

4. RECHT EN ECONOMIE

In deze paragraaf breng ik het materiaal uit de twee voorgaande bij elkaar. Ik bespreek de interesse van economen in het recht en de weerstand van juristen tegen de economische methode. Waarom zouden economen en juristen in elkaars werk geïnteresseerd moeten zijn? Kunnen ze elkaar, net als in het (recente) verleden, niet links laten liggen?

4.1 De interesse van economen

De natuurlijke verbinding tussen de rechtswetenschap en de economie loopt via het beleid: beide zijn (dienende) beleidswetenschappen. Stigler (1992) schrijft:

“When Aaron Director and Edward Levi launched the Journal of Law and Economics in 1958 (...) the traditional attitude of each discipline toward the other had been one of indifference. Only gradually has that attitude been replaced by a mixture of cooperation and hostility”.

Het doel van het *JL&E* was *the examination of public policy issues of interest to lawyers and economists*. Director en Levi waren er vast van overtuigd dat er genoeg van dergelijke beleidsvragen zijn. Voor de meeste economen was dat niet evident. In de leerboeken vond men geen recht terug; en nu ook eigenlijk nog niet. Er is eigendom en er wordt gehandeld, maar er wordt aangenomen dat het juridisch systeem perfect en kosteloos functioneert, zodat het bij de analyse buiten beschouwing kan blijven. Recht is belangrijk, maar onzichtbaar. Veel economen denken nog steeds zo en zijn daarom niet echt in het recht geïnteresseerd. Naarmate het recht echter meer werd ingezet als instrument om de samenleving te ordenen, werden de imperfecties meer zichtbaar en kregen economen er meer aandacht voor. In eerste instantie bleef die aandacht beperkt tot de regulering van marktactiviteiten: hoe functioneert het economisch recht? Als de overheid

reguleert, bereikt zij dan de doelen die zij zich gesteld heeft? Verhoogt die regulering de welvaart? Gebeurt dat tegen aanvaardbare kosten, of op efficiënte wijze?

Tot die tijd gingen economen niet alleen uit van perfecte werking van het recht, maar ook van perfecte werking van de overheid. Verondersteld werd dat de overheid als een “welwillende dictator” handelt en ingrijpt waar markten niet perfect functioneren, en aldus de maatschappelijke welvaart verhoogt. Toen deze *public interest* theorie (het idee dat de overheid bij marktfalen ook op welvaartsverhogende manier *zal* ingrijpen) getoetst werd, bleek echter dat deze verworpen moest worden (Stigler en Friedland, 1962). In de alternatieve *public choice* benadering wordt de overheid, overeenkomstig het uitgangspunt van methodologisch individualisme, niet als monolithische speler gezien, maar als verzameling van individuen die elk hun eigen belang nastreven.

Drie ideeën leidden tot meer interesse voor het recht bij (sommige) economen:

- (i) Omdat instituties het functioneren van het economisch systeem beïnvloeden, moeten zij bestudeerd worden om hun effect op de economie te bepalen;
- (ii) Deze instituties kunnen met economische methoden geanalyseerd worden;
- (iii) Verbetering van economische uitkomsten kan alleen langs institutionele weg verlopen, door de instituties te verbeteren.

Economen zochten toenadering tot juristen om zo kennis te verwerven over die instituties en over hoe ze verbeterd kunnen worden. Al snel bleek dat dit terrein braak lag:

“The law is a collection of social machinery, and one would have thought that its engineers would study the appropriate functions of the various machines (...). Lawyers have answers to these questions, and wise and informed lawyers may have good answers, but the answers are not based upon analyses of a type accepted as persuasive in the social or natural sciences”. (Stigler, 1972)

(Zie ook Ulen, 2002.) Stigler's uitnodiging om dit terrein te gaan bewerken werd vervolgens met gretigheid aanvaard. Al doende toonde al snel het economisch imperialisme zijn gezicht: waarom de economische analyse tot het economisch recht beperken? Het recht in het algemeen beïnvloedt uitkomsten en welzijn, en ook het algemene recht kan met economische methoden bestudeerd worden. Nadat Gary Becker pioniersarbeid op dit terrein verricht werd, gingen ook andere economen aan de slag met de vragen "welk effect heeft het recht?" en "hoe beïnvloedt het recht uitkomsten en welzijn?" Binnen "*Law and Economics*" kunnen dus twee takken onderscheiden worden: economische analyse van regulering van het economisch systeem ("*Old Law and Economics*", §5), en economische analyse van overige aspecten van het recht (§6). Dit onderscheid is voor juristen overigens belangrijker dan voor economen. Maar ook voor economen is het relevant. Hoewel het voor de methodologie niet uit maakt of we ons al dan niet in een marktcontext bevinden, is dat voor bepaalde concepten zoals efficiëntie wel van belang (§2.6).

4.2 De weerstand van juristen tegen de economische methode

Met de tweede tak dringt de econoom de kern van het juridisch domein binnen. Hij ondervindt daarbij aanzienlijke weerstand van juristen, vooral in Europa. Ik denk dat die weerstand tot een aantal (verwante) redenen terug te voeren is:

- (i) Het idee dat economische analyse niet wetenschappelijk neutraal is, maar ideologisch (rechts) geladen, met een *bias* vóór marktoplossingen;
- (ii) Het misverstand dat economische analyse gebruik maakt van concepten en aannames (zoals egoïsme) die buiten een marktcontext misplaatst zijn;
- (iii) Een fundamenteel verschil van inzicht over de rol en betekenis van modellen en aannames, i.h.b. de rationaliteitsaanname;
- (iv) Slechte wetenschap; onzorgvuldige of onjuiste analyse van het probleem;
- (v) Onbegrip over wat de economische analyse nu precies inhoudt en welke consequenties daaraan verbonden kunnen worden, dit vooral omdat die analyse modelmatig is, en wiskundig en statistisch geformuleerd;

- (vi) Het zuiver theoretisch gehalte van veel analyses, die ver van de praktijk af staan en waarin geen empirische toetsing plaats vindt, of waarin geen inzicht geboden wordt in de relatieve grootte van de mogelijke effecten;
- (vii) Onvrede of misverstanden over het efficiëntie criterium om uitkomsten en regels te beoordelen, of juist het afwezig zijn van normatieve conclusies;
- (viii) Het vermogen van sommige rechtseconomen (zoals De Geest, 2004) om hun juridische collega's op de kast te jagen.

Boven heb ik de acht redenen gerangschikt naar de stadia van het onderzoek: aannames, analyse, conclusie. Ook een andere indeling is mogelijk (1) beperkingen die inherent zijn aan de wetenschap (het kan altijd beter); (2) bezwaren tegen de kern van de economische methode (theorie, aannames en normatief criterium), of (3) tegen het gebruik van die methode door rechtseconomen, of (4) ingegeven door misverstanden of onbegrip. Voor verbetering is tijd nodig, terwijl dit artikel poogt het vierde zo veel mogelijk weg te nemen. (Aan het feit dat veel juristen moeite hebben met wiskundige of kwantitatieve methoden kan ik natuurlijk niet veel veranderen.) Ik besteed nu eerst kort aandacht aan het derde aspect en ga dan uitgebreider in op de kern van de bezwaren. Ik weerleg die niet, maar nuanceer ze. Ook nu beperk ik me tot de ordenende taak van het recht; ik sluit niet uit dat op het terrein van geschilbeslechting sommige bezwaren zwaarder tellen.

4.2.1 Rechtseconomie

Het onderscheid tussen economie en rechtseconomie is belangrijk omdat, in Europa, niet iedere rechtseconoom ook econoom is. Een (academisch) econoom is iemand die de economische methode beheerst. In de VS wordt *economic analysis of law* beoefend door mensen met een PhD in de economie, die veelal ook een JD in het recht bezitten. In Europa noemen ook juristen zonder een economische opleiding zich soms rechtseconoom. Daaronder zijn ook mensen die wel kennis van het economisch domein hebben, maar weinig vaardig zijn in de economische methode. Hun kennis van de discipline lijkt soms niet verder te gaan dan die welke in middelbare schoolboeken te vinden is en zij lijken te denken dat die basiskennis voldoende is. Kennis van de institutionele

aspecten van de economie en van basale marktmodellen maakt iemand echter nog niet tot (academisch) econoom.

Het is daarom niet verrassend dat niet alle rechtseconomische bijdragen aan de methodologische eisen voor (goed) economisch onderzoek (§2.2) voldoen. In rechtseconomische artikelen zijn concepten niet altijd precies gedefinieerd, is er soms geen scheiding tussen modelanalyse en speculatie, is de analyse niet altijd rigoureuus en zijn positieve en normatieve analyse vaak niet gescheiden. Als illustratie verwijs ik naar Faure (2011), ook omdat ik Michael zeer waardeer en hij wel tegen een stootje kan. Hoewel ik het met veel in Faure (2011) eens ben, stel ik toch ook vast dat hij stelt dat “de rechtseconomie sterk uit gaat van de heilzame werking van de markt”, dat hij economie met efficiëntie identificeert, maar efficiëntie niet definieert, dat hij spreekt over de maatschappelijke welvaart (zonder daar veel moeilijke woorden aan te wijden) en dat ook in dat artikel soms het positieve en het normatieve door elkaar lopen. Faure (2011) is natuurlijk maar een kort overzicht, en niet in een toptijdschrift, maar toch.

Natuurlijk is deze kritiek niet alleen op (bepaalde) rechtseconomen van toepassing.

Alles wat de toets der kritiek niet kan doorstaan verdwijnt op zeker moment uit zicht. Wel is het zo dat, in een interdisciplinaire omgeving, gebrek aan deskundigheid tot gebrek aan kritiek kan leiden en zuivering dus (te) lang kan duren. Onhandigheid en onbegrip (dat laatste bij juristen, bijvoorbeeld als gevolg van het technische karakter van de economische analyse) kunnen elkaar kunnen versterken en in stand houden. Waar kwaliteit niet herkend wordt, dreigt een *race to the bottom*. Feit is dat concurrentie (mits goed vormgegeven) het goede beloont en het slechte afstraft, zodat in een meer competitieve markt onbegrip en onhandigheid eerder uitgeweid worden. Het recht wordt internationaler, zodat verwacht mag worden dat ook de markt voor (academisch) juristen competitiever wordt. Ook Posner (2002) wijst terecht op het belang van kwaliteitscontrole bij multidisciplinair onderzoek. Hij stelt: “*My conclusion is that interdisciplinary legal scholarship is problematic unless subjected to the test of relevance, of practical impact*”. Ik ben dat met hem eens. Maar het onderzoek moet ook aan de gebruikelijke disciplinaire methodologische eisen voldoen; Posner betwist dat overigens niet.

4.2.2 Economische theorie en simpele modellen

Wetenschap werkt door problemen die nog niet goed begrepen worden, via theorie en modellen, in verband te brengen met situaties waar ons begrip beter ontwikkeld is. We lossen problemen op en leveren verklaringen op basis van bestaande theorie. Er komen steeds weer nieuwe puzzelstukjes, die in het bestaande kader moeten worden ingepast. Zolang dat inpassen lukt, wordt ons vertrouwen in ons kader vergroot. Het inpassen is niet altijd even gemakkelijk en vergt creativiteit, maar het is deze activiteit die vooruitgang brengt. Uitdagingen zijn altijd welkom, en een verzameling (nog) niet in te passen puzzelstukjes is nog geen alternatieve theorie. Economen gooien hun oude schoenen niet weg voor ze nieuwe hebben. Zelfs nieuwe schoenen gebruiken ze alleen als ze (bijna) net zo comfortabel zitten als de oude. Ook een nieuwe theorie moet voldoen aan eisen van relatieve eenvoud, hanteerbaarheid en spaarzaamheid van vrije parameters. Conservatisme in de wetenschap en “commitment” aan ideeën die zich al lang bewezen hebben is goed te verdedigen.

Economen hebben een sterke voorkeur voor simpele modellen omdat die relatief eenvoudig te begrijpen zijn en daarom het meeste inzicht geven. Posner (1979) stelt, in reactie op een criticus die hem voorwerpt complexiteit te vermijden:

“there is a fundamental difference between the legal and economic culture, or more broadly, between the humanistic and the scientific approach. The goal of science, including economic science, is to explain complex and seemingly unrelated phenomena by reference to a theoretical model or construct, and the power of scientific explanation can be expressed as the ratio of the different phenomena explained to the number of assumptions in the theory. (...) Abstraction is thus the essence of scientific theory, and a successful theory is bound to ignore a good deal.”

Hoewel complexiteit bij kan dragen aan verfijning van de beschrijving, vermindert zij ook een goed zicht op wat essentieel is. Theorie is een instrument om tot inzicht, verklaring en voorspelling te komen. Abstrahering en het maken van aannames (werkhypotheses) zijn een fundamenteel onderdeel van dat instrument. Duidelijk is dat economen een grote liefde en tolerantie voor theorie hebben; “je weet maar nooit waar het nuttig voor is”. Juristen staan dicht bij de praktijk, en hebben daarom misschien wat minder geduld met theorie.

4.2.3 Aannames: Waar of Nuttig?

Het maken van aannames is onlosmakelijk verbonden met theorievorming. Voor economen is het beschrijvend realisme van die aannames van minder groot belang dan het inzicht dat ze uiteindelijk opleveren. Onrealistische of onjuiste aannames diskwalificeren een theorie niet onmiddellijk. Economen zien ook hier een afruil en hebben een houding van *let's see where this will lead to*. Juristen lijken op dit punt minder pragmatisch of geduldig te zijn. Dat heeft vast en zeker goede redenen. Een daarvan is vermoedelijk dat het bij conflictbeslechting door de rechter vaak juist om waarheidsvinding gaat. Een verdachte mag niet op basis van verkeerde aannames of een verkeerde theorie veroordeeld worden. Het gewicht dat op juistheid van de aannames gelegd wordt hoeft echter niet in alle delen van de rechtswetenschap hetzelfde te zijn. Bij vraagstukken van maatschappelijke ordening is de vraag “werkt het?” belangrijker dan de vraag “is de theorie juist?”

Er is ook een tweede reden waarom de eis van realistische aannames, in de economie, niet al te strikt genomen moet worden. Economen zijn minder geïnteresseerd in het gedrag van het individu op zich, dan in de maatschappelijke uitkomsten die resulteren uit de interactie tussen deze individuen. Zij maken daarom relatief sterke aannames betreffende de rationaliteit van de individuen om zo te kunnen focussen op het effect dat regels op de maatschappelijke uitkomsten zullen hebben. We realiseren ons vermoedelijk allemaal dat we niet altijd even verstandig handelen. Rationeel handelen wil zeggen de beste middelen gebruiken om onze doelen te bereiken. We weten niet altijd wat ons doel is en we gebruiken niet altijd de beste middelen, maar frequent proberen we dat wel en we leren uit ervaring. Bovendien trachten we situaties waarin we niet zo verstandig handelen te vermijden. Als in een bepaalde situatie $x\%$ van de personen rationeel

handelt en de andere personen met zekere willekeur, dan is, als de fouten elkaar opheffen, het resulterende geaggregeerde gedrag in overeenstemming met de rationele theorie, zolang een niet-verwaarloosbaar deel van de mensen dat doet ($x > 0$). Een argument van het type “omdat ik in deze situatie niet rationeel handel, is een theorie gebaseerd op de rationaliteitsaannname niet acceptabel” (Vranken, 2006b, p. 30), is dus niet overtuigend. De rationaliteitsveronderstelling houdt niet in dat “iedereen in het merendeel van de gevallen *au fond* een verstandige, rationele keuze maakt”, de aanname is “slechts” dat niet iedereen systematisch domme dingen doet.

Ten derde moet “suboptimale inzet van middelen” onderscheiden worden van “misrepresentatie van de doelstelling” van het individu. In economische analyses schrijven we aan mensen bepaalde doelstellingen toe, maar, de grote vorderingen op het gebied van de neuro-economie ten spijt, kunnen we nog niet al te precies in iemands hoofd kijken. Er is dus geen garantie dat de gemaakte veronderstelling de werkelijkheid in afdoende mate weerspiegelt. Als een voorspelling niet uit komt kan dat aan onjuiste analyse liggen, maar ook aan de verkeerde input. Als mensen, mede of overwegend, door niet-materiële doelen gedreven worden, dan moet het model daar ook rekening mee houden. Gelukkig is het rationele keuze model zo flexibel dat dit ook eenvoudig kan. Dat wil niet zeggen dat het ook altijd gebeurt.

De flexibiliteit van de rationaliteitsaannname mag niet onderschat worden. We kunnen nieuwe inzichten verwerken en zo onrealistische aannames door meer realistische vervangen. Dit gebeurt bijvoorbeeld in de *behavioral law and economics* (§6). In een belangrijk artikel uit dat vakgebied claimen de auteurs dat aannames aan individueel gedrag realistisch *moeten* zijn:

“In a behavioral approach, assumptions about behavior should accord with empirically validated descriptions of actual behavior” (Jolls *et al*, 1998, p 1489).

Ik denk dat de auteurs het niet zo letterlijk bedoeld hebben en zich van de *trade-offs* wel degelijk bewust zijn: een economisch model *kan geen* 100% realistische beschrijving van gedrag bevatten.

Met Posner (1998) meen ik dat de auteurs op dit punt overdrijven om hun theorie van de traditionele te onderscheiden. Hun theorie is realistischer, en krijgt daarom, bij gelijke voorspelkracht, de voorkeur. Ook zij is echter niet 100% realistisch en dat hoeft zij ook niet te zijn. Het inzicht dat de analyse geeft is belangrijker dan het realiteitsgehalte van de aannames.

4.2.4 Theorie en empirie

Ik denk dat er over het belang van empirie tussen economen en juristen geen fundamenteel verschil van mening bestaat. Economen zien liefst theoretische en empirische analyse aan elkaar gekoppeld. Dergelijke koppeling is echter niet altijd mogelijk, bijvoorbeeld omdat de data ontbreken.

Toegegeven moet worden dat de meer theoretische economische analyses vaak beperkt zijn tot de mm^2 en geen indruk geven van de relatieve grootte of belangrijkheid van de verschillende effecten. Juristen lijken vaak juist in degelijke *back of the envelope calculations* geïnteresseerd te zijn, maar economen zijn zeer terughoudend met zulke berekeningen. Zij zijn meer geïnteresseerd in exacte resultaten. Optimalisering levert zulke resultaten, maar waar exacte resultaten niet haalbaar zijn, is het economisch instrument vaak bot. Wetenschap heeft zijn prijs, Theoretisch economen *prefer being precisely wrong to being approximately correct*. Benaderende berekeningen zijn ook een soort van speculatie. Rechtseconomen doen dat eerder dan economen; rechtseconomie is toegepaste economie. Economen lijken toegepaste economie echter minder te waarderen, vermoedelijk ook omdat toepassing en beleidseconomie op één hoop gegooid worden (en dus beide als mix van wetenschap met speculatie en waardeoordelen gezien worden).

4.2.5 Misverstanden over efficiëntie en normatieve aspecten

Het onderscheid tussen economie en rechtseconomie speelt vooral ook m.b.t. het normatieve aspect. Ik heb in §2.6 al laten zien dat economen in een niet-markt context geen krachtig normatief instrument hebben. Toch doen rechtseconomen stellige uitspraken, die bij juristen dan weer heftige reacties oproepen. Zij kunnen die uitspraken doen omdat zij uitgaan van quasi-lineaire

(materialistische) nutsfuncties, wat echter in een niet-markt context niet altijd passend is. Juristen lijken zich bovendien onvoldoende te realiseren dat economische uitspraken altijd relatief t.o.v. een model zijn, en dus niet noodzakelijk algemeen geldig. Sommige uitspraken worden echter wel zo geïnterpreteerd. Laat ik als illustratie van dit tweede punt het volgende citaat uit Kaplow en Shavell (2001a) onder de loep nemen:

“Legal rules should be selected entirely with respect to their effects on the well-being of individuals in society. This position implies that notions of fairness like corrective justice should receive no independent weight in the assessment of legal rules”.

De eerste zin stelt dat we het *welzijnsisme* als uitgangspunt moeten nemen. Veel economen onderschrijven dit normatieve uitgangspunt, zonder hier overigens diep over te hebben nagedacht. Sen, die hierover wel heeft nagedacht, heeft ons de beperkingen laten zien. Bovendien brengt dit uitgangspunt ons nog niet veel verder; de vraag is ook hoe we het welzijnsisme operationaliseren; zie onder.

De tweede zin in het citaat is een logische bewering, die dus juist of onjuist kan zijn. Zonder de context, het model, te kennen is de juistheid ervan niet te beoordelen. Dat model staat in een kort artikel, gepubliceerd in een toptijdschrift op het gebied van de economie (Kaplow en Shavell, 2001b). Binnen het kader van dat model is de bewering juist. Echter, in dit model hangen (in de taal van §2.5) de preferenties alleen af van de fysieke uitkomsten en bijvoorbeeld niet van procedures of wat mensen zeggen. In feite is er in dat model weinig ruimte voor *notions of fairness like corrective justice*; in ieder geval zijn *fairness* en *justice* in dat model niet formeel gedefinieerd. Of de bewering van Kaplow en Shavell algemeen juist is moet dus betwijfeld worden. De heftige reactie bij juristen lijkt echter gebaseerd op de veronderstelling dat de stelling algemeen geldt. De reactie van economen was anders: de zoveelste onmogelijkheidsstelling, daar liggen we echt niet wakker van.

Minstens zo belangrijk is hoe we het welzijnsisme kunnen operationaliseren. Wat te doen als A regel R_A prefereert, maar B regel R_B ? Kaplow en Shavell zeggen:

“Second, a method of aggregation is of necessity an element of welfare economics, and value judgments are involved in aggregating different individuals’ well-being into a single measure of social welfare (...) Various methods of aggregation are possible”.

Dit is juist. Wat de auteurs er echter niet bij vertellen is dat *geen* van die aggregatiemethoden bevredigend is. We weten niet hoe we nut tussen personen kunnen vergelijken. Als we niet kunnen vergelijken, is ook consistente aggregatie niet mogelijk. Kaplow en Shavell (2001) is een artikel met grootse claims, maar gebouwd op een zeer wankel fundering.

4.3 Conclusie

Economen zijn in het recht geïnteresseerd omdat het recht maatschappelijke uitkomsten en welzijn beïnvloedt en omdat de effecten van (veranderingen) in het recht met behulp van de economie onderzocht en voorspeld kunnen worden. Bezwaren van juristen tegen het gebruik van economie in het recht zijn gebaseerd op misvattingen, zijn gericht tot rechtseconomen, of berusten op een andere waardering van modellen en aannames dan die van economen. Ik heb betoogd dat, voor een jurist die geïnteresseerd is in de bepaling van de effecten van het recht, geen van deze bezwaren een beletsel hoeft te zijn voor een juist gebruik van de economische methode.

5. MEDEDINGINGSRECHT EN –ECONOMIE

In deze paragraaf bespreek ik de samenwerking tussen juristen en economen bij de toepassing van de (Europese) mededingingswetgeving. De Artikelen 101 t/m 109 van het VWEU en de Fusieverordening (139/2004) verbieden afspraken en fusies die de mededinging beperken, het maken van misbruik van machtspositie, en steun van EU-lidstaten die de mededinging verstoort. Traditioneel was dit gebied het monopolie van juristen, die soms economen inschakelden, bijvoorbeeld bij de berekening van kartelschade. Sinds het einde van de 20^e eeuw is sprake van *economisering* van het beleid. Dit houdt vooral in dat gedragingen meer op hun economische effecten dan op hun juridische vorm beoordeeld worden, maar het heeft ook geleid tot discussie over de vraag of de doelstellingen van het beleid “meer economisch” moeten worden ingevuld. Zo is een productief partnership van juristen en economen ontstaan, waar het beleid en de maatschappij van profiteren.

Europese regels beogen de vrije mededinging te beschermen. Maar waarom? Toch niet omdat een ding, een abstract begrip als concurrentie, op zich bescherming verdient? We beschermen concurrentie omdat we geloven dat het ons goede vruchten oplevert. Concurrentie verlaagt de kosten en de prijs, verhoogt de kwaliteit, versnelt de innovatie, versterkt de concurrentiekracht en vergroot de maatschappelijke welvaart, zoals een mantra van de Europese Commissie luidt. Maar meer concurrentie is niet altijd goed. Economische analyse kan aangeven wanneer wel en wanneer niet. De regels staan toe concurrentie in te dammen wanneer deze schadelijk is. Het welzijnsisme vormt op dit gebied een goed normatief uitgangspunt. Als maatschappelijk welzijn ons doel is, dan willen we concurrentie beschermen daar waar deze het doel dichterbij brengt, maar niet in die situaties waar het welzijn juist afneemt als gevolg van concurrentie.

Verstandige toepassing van het mededingingsrecht kan niet zonder economen. Zij hebben empirische kennis over hoe markten werken en wat het effect van bedrijfsstrategieën is. Welzijnsisme stelt dat alleen de effecten tellen, en economen brengen die in kaart. Echter, positieve analyse moet met normatieve criteria verbonden worden. Wiens welzijn telt? Kijken we,

bijvoorbeeld, bij de beoordeling van een fusie tussen twee Nederlandse krantenconcerns alleen naar de lezers, of moeten we ook de belangen van de adverteerders meenemen? Hoe wegen we het belang van de aandeelhouders? Tellen we aandeelhouders van concurrenten ook mee? Betrekken we de werknemers in de analyse? Kijken we alleen binnen de relevante markt, of ook daarbuiten? Kijken we alleen naar het heden, of ook naar de toekomst? Hoe wegen we de belangen van toekomstige generaties ten opzichte van de huidige? Keuzes moeten gemaakt worden. Economen kunnen de effecten in kaart brengen, maar op de vraag welke effecten gewaardeerd moeten worden, hebben ze geen wetenschappelijk antwoord.

5.1 Samenwerking in de VS

In eerste instantie hadden, ook in VS, economen niet veel belangstelling voor dit terrein (Kovacic en Shapiro, 2000); dat veranderde pas toen dat beleid erg interventionistisch werd. De samenwerking tussen Director en Levi (zie §3) was cruciaal. Levi behandelde een *case*, waarna Director aan de hand van een eenvoudig economisch model steeds de door de autoriteiten getrokken conclusie betwistte. Als zij concludeerden dat het gedrag verboden was, liet hij zien dat dit juist in het belang van de maatschappij was, en dus toegestaan zou moeten worden. Uiteindelijk leidde dit werk van de *Chicago School* tot belangrijke aanpassingen in het beleid, en tot vruchtbare interactie tussen economen en juristen (Kovacic en Shapiro, 2000).

Het “debat” tussen de jurist Bork en de econoom Williamson over de doelstellingen van beleid kan illustreren hoe vruchtbaar die samenwerking was en is. Deze discussie staat model voor hoe, in de afgelopen 50 jaar, economie en recht elkaar, en het beleid, beïnvloed hebben. Een citaat uit Bork’s belangrijke boek *The Antitrust Paradox* waarin hij zijn eerdere werk samen vat is een goed startpunt:

“Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law- what are its goals? Everything else follows

from the answers we give. Is the antitrust judge to be guided by one value or by several? If by several, how is he going to decide cases where a conflict in values arises? Only when the issue of goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules” (Bork, 1978, p.50).

Bork wijdde een groot deel van zijn wetenschappelijke carrière aan het betoog dat consumentenwelvaart *het* doel was. Hij was succesvol. De *Supreme Court* accepteerde uiteindelijk de consumentenwelvaart als de ultieme doelstelling van het mededingingsbeleid in de VS, overigens zonder die term te definiëren (Heyer, 2014). Het gevolg was dat de discussie over de beleidsdoelstellingen vervangen werd door debat over de vraag “wat is consumentenwelvaart?”, wat niet echt opschiet. Mede gemotiveerd door die juridische discussie, formuleerde Oliver Williamson, een econoom, een vraag over het doel van het fusietoezicht:

“Suppose that a merger is proposed that yields economies [kostenbesparing] but at the same time increases market power. Can the courts and antitrust agencies safely rely, in these circumstances, on a literal reading of the law which prohibits mergers that () ‘substantially lessen competition or tend to create a monopoly’ or does this run the risk of serious economic loss?” (Williamson, 1968).

Om deze vraag te beantwoorden, introduceerde Williamson zijn *naive trade-off model*, dat tot op heden, in de mededingingseconomie, wereldwijd als conceptueel werkpaard gebruikt wordt. Dit simpele partiële evenwichtsmodel betreft één homogeen product, een aantal producenten die fuseren, en consumenten. De bedrijven willen hun winst maximaliseren. Elke consument i is bereid voor het product een bepaald geldbedrag WTP_i te betalen en wil liefst zo weinig mogelijk betalen. In termen van het formele model uit §2.5 heeft een bedrijf B een nutsfunctie $u_B = W_B = \text{winst}$, terwijl consument i de nutsfunctie $u_i = WTP_i - p$ heeft. De kernveronderstellingen zijn dus dat alle waardes in geld kunnen worden uitgedrukt, dat iedereen zelfzuchtig is, en dat iedereen dezelfde (marginale) waarde aan geld toekent. Deze veronderstellingen zijn eenvoudig te falsificeren, en ze zijn ook gefalsificeerd: mensen geven om meer dan geld alleen, en extra geld is

minder waard voor iemand die er al veel van heeft. Maar is dat een reden om Williamson's model af te wijzen? Economen vinden van niet: misschien zijn de aannames, in deze context, bij benadering juist en is het model dus een redelijke manier om onze gedachten te ordenen. De houding is dan: laten we zien waar het model toe leidt.

Zoals al werd opgemerkt in §2.5 maken de drie kernveronderstellingen toepassing van het utilitarisme mogelijk. Er kan opgeteld worden en het consumentensurplus, CS , de meerwaarde die de consumenten als geheel aan de markt ontleen, is eenduidig gedefinieerd. (Als er twee consumenten zijn, een met $WTP_1 = 10$ en een ander met $WTP_2 = 15$ en $p = 8$, dan is $CS = (10 - 8) + (15 - 8) = 9$.) Williamson beschouwt een fusie die tot kostenverlaging leidt, maar tegelijk tot prijsverhoging. Zijn model stelt ons in staat een scherpe discussie te voeren over twee kernvragen: (i) welk effect heeft deze fusie? (ii) hoe moet dat effect beoordeeld worden? De fusie verhoogt de winst van het bedrijf W_B maar verlaagt het consumentensurplus CS . Hoe moeten de belangen afgewogen worden? Williamson's model zet de normatieve discussie op scherp: kijken we naar bedrijven en consumenten samen, dus naar $W_B + CS$, of kijken we alleen naar het consumentensurplus CS ? Williamson stelt voor fusies utilitaristisch te beoordelen en aandeelhouders net zo zwaar te tellen als consumenten. Zijn criterium is Totale Welvaart, $W_B + CS$, een fusie is toegestaan als de extra winst van de bedrijven groter is dan het verlies aan consumentensurplus, en anders verboden.

Hoe verhoudt dit zich tot Bork's pleidooi voor consumentenwelvaart? Over deze vraag is zowel in de wetenschap als in het beleid bijna 50 jaar gediscussieerd, zonder grote vooruitgang. De discussie werd bemoeilijkt doordat Bork consumentwelvaart niet precies definieerde, niet identificeerde met het consumentensurplus, en doordat hij niet altijd consistent argumenteerde. De economische methode vermijdt dergelijke oeverloze discussies. Economen werken met modellen; dit vereist precisie en voorkomt inconsistentie. Williamson's model structureert de discussie, maar vernauwt die ook tot "is het doel CS of $W_B + CS$?" en tot "wat is het effect van de fusie op CS en op W_B ?" Bork zag vooral de beperkingen van het model. Hij zag niets in empirische analyse aan de hand van dit model en, meende, in tegenstelling tot Williamson, dat kwantificering van de

kostenvoordelen en het afwegen daarvan tegen nadelen voor de consument onmogelijk was. Bork's kernargument wordt ook nu nog vaak door juristen gebruikt; het is een terechte waarschuwing:

“Economists, like other people, will measure what is susceptible of measurement and will tend to forget what is not, though what is forgotten may be far more important than what is measured.” (Bork, 1978, p. 127)

Een model structureert en beperkt. Dit is nuttig en nodig om te kunnen analyseren. Economen zijn gewend met modellen te werken, maar verliezen de beperkingen soms uit het oog. Het model is niet de realiteit. Werknemers zijn in Williamson's model niet opgenomen. Dat hoeft ook niet, want het is maar een model. Maar, voor zover ik weet, houdt ook het mededingingsbeleid geen rekening met de belangen van werknemers. In een utilitaristische analyse tellen hun mee. Juristen kunnen economen op het rechte pad houden door hen te wijzen op wat waardevol is en dus in het model moet worden opgenomen.

5.2 Beleid in Europa

Sinds het eind van de 20^e eeuw speelt ook economische effectanalyse een belangrijke rol in het Europese mededingingsbeleid. Onder Eurocommissaris Monti werd toen de weg ingeslagen naar een “meer economische aanpak”, waarbij de nadruk meer ligt op de beoordeling van de economische effecten van gedragingen dan op de formele juridische vorm daarvan. Het thema *vertical restraints* illustreert goed waarom goede wetstoepassing niet zonder economie kan. De tekst van artikel 101 VWEU maakt geen onderscheid tussen horizontale overeenkomsten (tussen concurrenten) en verticale (tussen toeleveranciers en afnemers), en EG-Verordening 139/2004 scheert horizontale en verticale fusies over dezelfde kam. Economische analyse wijst echter uit dat die twee typen heel anders functioneren. Verticale overeenkomsten en fusies zijn veelal goed en

moeten niet op dezelfde manier behandeld worden als horizontale. Deze economische les is ondertussen in het mededingingsbeleid geïncorporeerd.

De discussie over de doelstellingen van het mededingingsbeleid speelt ook in Europa. In de EU is vrije mededinging onlosmakelijk verbonden met het creëren van de Interne Markt, maar spelen daarnaast van oudsher ook andere doelstellingen van industriepolitieke of economische aard. Met het toenemen van de wereldhandel en de roep om convergentie tussen VS en EU kwam ook bij ons de nadruk steeds meer op “economische” doelstellingen te liggen. Het Europese Hof bepaalt uiteindelijk hoe het Verdrag geïnterpreteerd moet worden, maar de Europese Commissie lobbyt voor consumentenwelvaart als doelstelling. Een veel geciteerde toespraak uit 2005 van Neelie Kroes, destijds Eurocommissaris voor Mededinging, illustreert het spanningsveld tussen Commissie en Hof:

“Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources.”
(Kroes, 2005)

In de eerste zin wordt de consumentenwelvaart als standaard benadrukt, maar vervolgens worden drie doelstellingen (concurrentie, welvaart en efficiëntie) geformuleerd, die alle onder doelmatigheid vallen, en dan hebben we het over rechtszekerheid en rechtvaardigheid nog niet gehad. Het zal duidelijk zijn dat we in Europa geen heldere eendimensionale doelstelling hebben.

Hoewel de discussie over de doelstelling blijft, is ondertussen het gebruik van economische modellen (theoretische en empirische) en inzichten ook in het Europese mededingingsrecht gemeengoed geworden (Neven, 2006). Op basis van economische inzichten werd het clementieprogramma voor kartelverklippers aangepast en effectiever gemaakt. Er wordt meer

gebruik gemaakt van technieken om de aard en intensiteit van concurrentie op een markt in kaart te brengen en om de effecten van gedragingen in kaart te brengen of te becijferen. Dat leidt weliswaar tot hogere toezichtskosten, maar mits goed uitgevoerd, ook tot betere beslissingen. Economische inzichten hebben ook tot aanpassing van wetgeving geleid. Zo is de formulering van de fusietoets gewijzigd om ook concentraties, die niet tot een dominante positie leiden, maar wel de mededinging in belangrijke mate beperken, aan te kunnen pakken. Natuurlijk blijft er altijd wat te wensen over. Zo is het Amerikaans Hooggerechtshof veel ontvankelijker voor economische argumenten dan het meer behoudende Europese Hof van Justitie. *Leegin* (US Supreme Court, 2006), over de vraag in welke omstandigheden verticale prijsbinding legaal is, vormt daarvan een illustratie.

6. GEDRAGSECONOMIE EN RECHT

In conventionele *Law and Economics* modellen wordt vaak verondersteld dat geld het enige is dat telt en dat alles op geld gewaardeerd kan worden. Veelal is de (impliciete) aanname dat alle nutsfuncties quasilineair zijn, wat impliceert dat het marginale nut van geld constant is, en voor iedereen gelijk. Utilitaristisch optellen is dan ook mogelijk. In deze context is de maatschappelijke welvaart optimaal als $\sum_{i=1}^n u_i$ maximaal is, waarbij het niet uitmaakt hoe dit totaal verdeeld wordt. Voor veel toepassingen in het recht lijken deze sterke aannames te beperkend. In deze paragraaf betoog ik dat de economische methode flexibel is, zodat inzichten uit de psychologie geïncorporeerd kunnen worden om de analyse te verbeteren. Ik laat zien hoe de economie tot modellen met een realistischer mensbeeld komt, en dus tot theorieverbetering, met als gevolg betere toepassingsmogelijkheden in het recht. Twee voorbeelden illustreren deze nieuwe aanpak.

Behavioral Law and Economics is dus geen alternatief voor de conventionele economische analyse van het recht, maar een verbetering daarvan. In hun invloedrijke artikel uit 1998 schrijven Jolls, Sunstein en Thaler (vanaf nu: JST):

“The unifying idea in our analysis is that behavioral economics allows us to model and predict behavior relevant to law with the tools of traditional economic analysis, but with more accurate assumptions about behavior, and more accurate predictions and prescriptions about law” (Jolls et al. p 1474).

Het idee dat we, door realistischer aannames over menselijk gedrag in economische modellen op te nemen, betere voorspellingen kunnen doen en betere beleidsaanbevelingen kunnen geven spreekt zowel economen als juristen aan. Een vraag is natuurlijk wel of de auteurs, en het gebied in het algemeen, hun claims waar kunnen maken: verliest de economische methode niet te veel aan kracht als zij probeert te bouwen op een realistischer mensbeeld? De tijd zal het leren. Posner (1998) merkt, niet ten onrechte, op dat JST hun claim op vernieuwing overdrijven, maar ook als

we alle retoriek weglaten, blijft er in JST, en de daaruit voortspruitende literatuur, nog zeer veel waardevols over.

6.1 Gedragseconomie

JST onderscheiden in hun artikel drie vormen van “begrensdheid” van menselijk gedrag waardoor het traditionele rationele keuzemodel niet zou voldoen: begrensde rationaliteit, begrensde wilskracht en begrensd eigenbelang. Dat laatste zijn we al in §2.4 tegen gekomen en is dus niet nieuw. In feite is de vraag wat mensen motiveert en hoe dit in het economisch model kan worden opgenomen. De twee andere beperkingen zijn gerelateerd aan hoe het menselijk brein functioneert (Kahneman, 2011). Begrensde wilskracht refereert aan het feit dat we, zelfs als we weten wat goed voor ons is, niet altijd datgene doen wat zou moeten. Velen eten te veel, of te ongezond; ieder weet dat te veel alcohol de volgende dag tot problemen kan leiden, maar toch drinken we soms te veel. We zijn dus niet altijd doelgericht. Begrensde rationaliteit refereert aan het feit dat we informatie niet altijd logisch-rationeel verwerken en daardoor niet altijd de juiste beslissingen nemen. Er is wel een doel, maar we maken systematische “fouten” in onze pogingen dat doel te bereiken. De drie aspecten (wat is het doel?; is het doel constant?; vinden we de weg erheen?) leiden tot uitdagingen voor positieve (verklarende) analyse, nog meer voor prescriptieve analyse (wat te doen om het doel te bereiken?) en vooral voor normatieve analyse (wat willen we bereiken?). Bijvoorbeeld: hoe adviseren we iemand die morgen iets anders wil dan vandaag? Baseren we ons advies op zijn huidige preferenties, of op die van morgen?

De standaard economische theorie werd ontwikkeld toen we nog niet veel wisten over hoe het brein werkt en houdt met de eigenaardigheden van dat brein geen rekening. Nieuwe inzichten over wat we waarderen en over hoe ons brein werkt worden nu in economische modellen verwerkt. Kahneman (2011) stelt dat we zowel Descartes’ Error (Damasio, 1994) als de “fout” van Bernoulli moeten corrigeren. Het eerste betreft het feit dat beslissingen op intuïtieve en/of rationele wijze tot stand komen en dat, omdat denken moeilijk en kostbaar is, intuïtieve beslissingen niet altijd door de rede gecheckt worden. Het tweede hangt samen met het feit dat we niet waarde toekennen aan

uitkomsten, maar aan veranderingen ten opzichte van een referentiepunt; dit is een heel ander vertrekpunt dan dat geschetst in §2.5. Zolang doelgerichtheid verondersteld kan worden en gemodelleerd kan worden door een nutsfunctie zijn er voor positieve of prescriptieve analyse niet echt nieuwe conceptuele uitdagingen. Als de doelen gegeven zijn, is de vraag slechts hoe mensen reageren op prikkels die beogen het gedrag in de gewenste richting te sturen. Als verklaard en voorspeld kan worden, kan men ook zeggen wat te doen staat, gegeven het doel. In dergelijke gevallen kan ook het welzijnsisme toepassing vinden.

De vraag is dus hoe flexibel het model uit §2.5 zal blijken: wat kan er wel in geperst worden en wat niet? Het modelmatig verwerken van nieuwe inzichten uit de psychologie is fascinerend en veel economen voelen zich er dan ook toe aangetrokken. Niet voor niets behoort Kahneman en Tversky (1979) tot de meest geciteerde artikelen uit de economische literatuur en heeft Kahneman de Nobelprijs in de economie gekregen. Gegeven al dat werk is te verwachten dat de *mainstream* de relevante inzichten uit de psychologie zal verwerken en dat er binnenkort dus geen noodzaak meer zal zijn het bijvoeglijk naamwoord *behavioral* te gebruiken. Hoe het verbeterde model eruit zal zien is nog onduidelijk. Posner (1998) verwacht dat het niet fundamenteel anders zal zijn dan het huidige:

“The success of modern economists in enriching the simplest rational-choice models, not only with risk aversion and risk preference, but also with altruism, time preference, positive information costs, and strategic and habitual behavior, without sacrificing falsifiability, furnishes a basis for optimism about the power and resilience of rational-choice economics.”

Voor wat betreft de bredere normatieve issues is nog volstrekt onduidelijk welke invloed de gedragseconomie zal hebben. In standaard economische analyse wordt paternalisme afgewezen. De aanname is dat ieder mens zelf het beste weet wat goed voor hem is, en in zijn eigen belang, zoals hij dat ziet, zal handelen. Bij begrensde rationaliteit en/of begrensde wilskracht, is aan deze

voorwaarde niet voldaan en kan dus niet uitgesloten worden dat door een vorm van paternalisme een Pareto verbetering (een hoger individueel welzijn voor ieder) bewerkstelligd kan worden.

Vandaar de literatuur over anti-anti-paternalisme, waarin betoogd wordt dat het standpunt van anti-paternalisme niet te handhaven is (Camerer e.a., 2003; Sunstein en Thaler, 2003). In hun “Nudge” gaan Sunstein en Thaler (2008) nog wat verder door aan te geven waar en hoe daadwerkelijke verbeteringen gerealiseerd zouden kunnen worden. De vraag “hoe ver men kan gaan met sturend gedrag?” is niet nieuw, maar vereist een nieuw antwoord. Vrijheid is een groot goed, en daarbij hoort ook de vrijheid om van de eigen fouten te mogen leren. We zullen zien hoe dit gebied zich ontwikkeld.

6.2 Gedragseconomie en Recht; Twee Voorbeelden

Het eerste voorbeeld laat zien hoe, in de VS, gedragseconomie gebruikt werd om regulering van de tabaksindustrie te rechtvaardigen. Het tweede voorbeeld toont hoe het gebruik van een “quasi-materialistische” nutsfunctie tot misverstanden leidt.

In 2009 werd in de VS de *Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act* (FSPTCA) van kracht, die tabaksproducenten o.a. verplicht om afschrikwekkende afbeeldingen en waarschuwende tekst op hun pakjes sigaretten op te nemen. Is zo’n verplichting compatibel met het recht op vrije meningsuiting? Is een foto van een lijk in een doodskest een adequate productwaarschuwing voor *smoking can kill you*? Waarom gedraagt de Amerikaanse overheid zich zo paternalistisch? Weten Amerikanen niet zelf het beste wat goed voor hen is? Uit empirisch onderzoek weten we dat mensen de kans dat ze *zelf* als gevolg van roken kanker krijgen onderschatten, en dat rokers die kans meer onderschatten dan niet-rokers. (Er is dus enige consistentie in de irrationaliteit.) Mensen accepteren de objectieve cijfers, maar net zoals de meerderheid van de automobilisten meent dat zij tot de 10% beste chauffeurs hoort, denken ook veel rokers dat zij *zelf* de dodendans zullen ontspringen. Tekst beïnvloedt die inschatting maar weinig; een plaatje zegt meer dan 1000 woorden. Empirisch onderzoek laat zien dat met een extra

plaatje de inschatting van het *eigen risico* accurater is dan wanneer alleen tekst wordt getoond (Jolls, 2013). Dat beantwoordt niet de vraag waarom de Amerikaanse overheid dit allemaal doet, maar laat wel zien dat als het doel is de inschattingsfout voor het eigen risico zo klein mogelijk te maken, een extra plaatje een goed idee is.

Het tweede voorbeeld komt uit de Nederlandse literatuur. Nieuwenhuis (2006b) bekritiseert een artikel van de rechtseconomen Suurmond en Van Velthoven (2005) dat de vraag behandelt of de ouders van B, een kind van 5 jaar dat overlijdt ten gevolge van een verkeersfout van A, recht hebben op vergoeding van affectieschade. De auteurs onderscheiden twee functies van affectieschade, preventie en compensatie, en stellen dat, met het oog op preventie, het voldoende is als de vergoeding wordt gebaseerd op de schatting van de geldwaarde van een statistische mensenleven (door hen op €2 miljoen gesteld), terwijl, om tegemoet te komen aan de compensatiefunctie, het door de minister van Justitie voorgestelde bedrag van €10.000 waarschijnlijk te hoog is. Nieuwenhuis stelt dat het belangrijkste aspect, genoegdoening, buiten beeld blijft:

“Toekenning van smartengeld (...) strekt tot honorering van de overtuiging dat de dader zijn slachtoffer (...) genoegdoening schuldig is. Deze functie kan onmogelijk los worden gekoppeld van *notions of fairness like corrective justice*.

Ik denk dat in het model van Suurmond en Van Velthoven genoegdoening als onderdeel van compensatie opgenomen is en dat de €10.000 dus ook die component omvat. Vraag is dan wel of hun model ruimte biedt voor *corrective justice*. Net als Nieuwenhuis denk ik dat iets buiten beeld blijft, maar ik mis iets anders. Hoe worden de antwoorden (€2 miljoen; te hoog) verkregen? Nieuwenhuis stelt:

“Bij de combinatie van recht en economie is het niet zozeer het verschil in methode als wel het verschil in vraagstelling dat voor problemen zorgt”.

Ik ben het op dit punt niet met Nieuwenhuis eens. Het verschil zit hem juist in de methode. Het is volkomen duidelijk dat de vraag “welke vergoeding is nodig voor effectieve preventie?” een andere is dan “welke vergoeding is adequaat als compensatie?”, dus daarin kan het probleem niet zitten. We weten ook dat rechtseconomen zich vooral op preventie richten, dus ook dat kan geen misverstand opleveren. Van den Bergh en Faure (1987) stellen bijvoorbeeld dat de rechtseconomie slachtoffers beschermt door ervoor te zorgen dat er minder van zijn. Het belang van afschrikking mag niet onderschat worden; we mogen de “voorkomen slachtoffers” niet uit het oog verliezen. Maar ook de slachtoffers zelf mogen niet vergeten worden. Er zijn twee aspecten en twee vragen. De kern is de methode waarmee elk van die vragen beantwoord wordt. Is die methode de juiste?

De uitspraak dat €10.000 voor compensatie te hoog is, is gebaseerd op een model waarin het slachtoffer (de ouders van B) nut toekent aan twee dingen, hun kind en hun materiële welvaart, en waarbij de normatieve vraag “hoeveel geld moet ouders geboden worden om het verlies van hun kind te compenseren?” beantwoord wordt door een andere (positieve) vraag te beantwoorden, namelijk “Voor hoeveel zijn de ouders bereid hun kind, tegen een faire premie, te verzekeren?” De conclusie van de auteurs volgt omdat het antwoord op die laatste vraag 0 is. Maar wat heeft de verzekeringsvraag met genoegdoening voor de ouders te maken? Waarom wordt de vraag “wat is een adequate compensatie?” niet met een meer directe methode beantwoord? Als $u(.)$ de nutsfunctie van de ouders is, dan is C een adequate financiële compensatie als het de ouders “heel maakt”, d.w.z. als geldt: $u(kind, W) = u(geen\ kind, W + C)$, waarin W staat voor het vermogen van de ouders. Geld kan het kind niet tot leven wekken, zodat voor veel ouders de benodigde compensatie C oneindig is. Zo bezien is de door de minister voorgestelde €10.000 vermoedelijk veel te laag. Ik zie niet in waarom het antwoord $C = \infty$ inferieur is aan het antwoord $C = 0$. De methode bepaalt het antwoord, en kennis van de methode is nodig om een goede discussie over het resultaat te kunnen voeren.

Mulder (2013) laat zien dat voor slachtoffers genoegdoening inderdaad zeer belangrijk is. Zij laat ook zien dat genoegdoening niet alleen een kwestie van geld is, maar dat ook de vorm (de

procedure) ertoe doet. Voor juristen is dat vermoedelijk niet nieuw, maar voor economen leidt het tot een andere benaderingswijze. Het model dat alleen geld en het kind ertoe doen is te beperkt en leidt tot verkeerde conclusies. De vraag of een andere behandeling beter is komt daarmee naar voren, en ook deze vraag is analyseerbaar. De economische behandeling van dit onderwerp staat overigens nog in de kinderschoenen.

7. CONCLUSIE

Juristen en economen die gefascineerd zijn door vraagstukken van maatschappelijke ordening hebben gedeelde interesse in de vraag “hoe moet de maatschappij geordend worden?”. Juristen herformuleren deze normatieve vraag als “hoe moet het recht luiden opdat voldaan is aan eisen van rechtvaardigheid, rechtszekerheid en doelmatigheid?”. Zij focussen daarbij op de eerste twee aspecten. Juristen hebben geen goed criterium om de doelmatigheid van verschillende oplossingen te toetsen en weten niet hoe zij doelmatigheid tegen de twee andere criteria af moeten wegen (Stolker, 2003). Sterker, ze hebben geen methode waarmee ze de effecten van (veranderingen in) het recht in kaart kunnen brengen of voorspellen. Economen herformuleren de vraag als een positieve: “welk effect heeft een ordeningsmechanisme op het individuele welzijn van de leden van de samenleving?”. De economische wetenschap is sterk in het kaart brengen van de effecten van veranderingen in ordening, maar is zwak in het *overall* (maatschappelijk) waarderen van die effecten. Meestal zijn er winnaars en verliezers en economen weten niet hoe ze de plussen en de minnen tegen elkaar af moeten wegen. Economen zijn sterk waar juristen zwak zijn, en mogelijk geldt die bewering omgekeerd. Dit paper daagt juristen uit om het bewijs daarvoor te leveren.

De economische wetenschap wordt gekarakteriseerd door vier kernelementen. (i) het gebruik van theoretische modellen gebaseerd op methodologisch individualisme; (ii) de aanname van individueel rationeel gedrag en de veronderstelling dat interactie leidt tot een maatschappelijk evenwicht; (iii) het welzijnsisme, inclusief Pareto-efficiëntie als het beoordelingscriterium voor maatschappelijke uitkomsten, en (iv) de sterke verbondenheid van theorie en empirie, met de houding dat de waarde van een model afgemeten moet worden aan de inzichten die dat model oplevert, en aan niets anders. Over elk van deze aspecten kan gediscussieerd worden, maar economen debatteren liever over het inzicht dat hun werk oplevert dan over hun methode. Belangrijk is dat aannames altijd voorlopig zijn, dat modellen cumulatief verbeterd kunnen worden en dat het beoordelingscriterium dergelijke verbetering afdwingt. Belangrijk is ook dat economen niet weten hoe interpersonele nutsvergelijkingen gemaakt kunnen worden en dat ze daarom niet utilitaristisch (kunnen) zijn. Maatschappelijk welzijn is meestal een leeg begrip.

Hoewel juristen bedenkingen tegen de vier kernelementen hebben, zijn dat, naar mijn mening, geen fundamentele bezwaren. Juristen hebben wel terechte bezwaren tegen diverse hulpaannames die in de economie gebruikt worden. Die hulpaannames zijn bijvoorbeeld dat mensen materialistisch en zelfzuchtig zijn, dat nut tussen personen vergeleken kunnen worden, dat utilitaristisch optellen mogelijk is, en dat het Kaldor-Hicks efficiëntie criterium gebruikt kan worden (i.p.v. het Pareto-criterium) om maatschappelijke uitkomsten te beoordelen. Deze hulpaannames zijn soms bruikbaar, bijvoorbeeld in nauw afgebakende mededingingsanalyse, maar lang niet altijd. Buiten de marktcontext (preciezer, als de aanname van quasi-lineaire nutsfuncties niet passend is) leidde deze extra aannames vaak tot slechte voorspellingen en leveren ze weinig of geen inzicht, of misleiden ze, zodat ook economen deze extra aannames afwijzen. Er is op dit punt geen verschil van inzicht tussen economen en juristen.

Juristen lijken zich onvoldoende te realiseren dat economische uitspraken altijd relatief t.o.v. een model zijn. Vermoedelijk maken economen dat ook onvoldoende duidelijk. Wat een *case* is voor een jurist, is een model voor een econoom. Een model is precies, dwingt tot consistent redeneren en maakt de rol van de aannames duidelijk. Een model structureert de discussie, maar vernauwt die ook. Economen discussiëren onderling veel over de relevantie van hun aannames en modellen, maar van die discussie komt weinig in de wetenschappelijke literatuur terecht. De literatuur beschrijft de modellen en de daaruit volgende resultaten; de beoordeling van de relevantie van de analyse wordt aan de lezer overgelaten. Het criterium is inzicht en/of voorspelkracht. Modellen die niet bruikbaar zijn worden verworpen wat positief economische analyse cumulatief beter maakt. Juristen kunnen aan deze discussie over relevantie een goede bijdrage leveren, mits ze in staat zijn de rol van de aannames en van het model te doorgronden. In plaats van de vraag “is het antwoord juist?”, moet ook de interdisciplinaire discussie dus meer gaan over de vraag “is de methode juist toegepast?”.

Op normatief gebied zijn economen bescheiden. Ze leggen hun waarden niet op, maar respecteren die van de leden van de samenleving. Wetenschappelijk economen zijn ook terughoudend in het generaliseren. Dit wordt snel als speculeren gezien en dus als niet-wetenschappelijk. Ook het toegankelijk maken van modellen en het interpreteren van bestaande literatuur (klassen van

samenhangende modellen) om zo tot “grotere” (en meer robuuste) inzichten te komen wordt minder belangrijk beschouwd dan creativiteit. Dit vormt een toetredingsbarrière voor juristen en een hindernis voor het beter gebruik van economische inzichten in de praktijk.

Samenwerking tussen juristen en economen is daarom niet gemakkelijk. Maar op het terrein van *Social Governance* is het, naar mijn mening, wel mogelijk en ook vruchtbaar en nuttig. Anderen delen die mening (Dixit, 2009; Ulen, 2008-2009). Ulen gaat zelfs zo ver dat hij stelt: “*I believe the core subject we teach and study in law schools is social governance*”. Ik denk dat deze uitspraak voor Nederland niet opgaat, maar ik hoop dat *social governance* in de toekomst wel onderdeel van het curriculum zal zijn.

REFERENTIES

- Arrow, K. (1950) "A Difficulty in the Concept of Social Welfare", *Journal of Political Economy* **58**, 328-346.
- Arrow, K. (1994) "Methodological Individualism and Social Knowledge", *American Economic Review*, **84**(2), 1-9.
- Atkinson, A. (2009) "Economics as a Moral Science", *Economica*, **76**, 791-804.
- Atkinson, A. (2011) "The Restoration of Welfare Economics", *American Economic Review*, **101**(3), 157-61.
- Aumann, R. (1984) "What is Game Theory Trying to Accomplish?" in K. Arrow en S. Honkapohja (eds.), *Frontiers of Economics*, Basil Blackwell, Oxford.
- Backhouse, R. en S. Medema (2009a). "Defining Economics: The Long Road to Acceptance of the Robbins Definition", *Economica* **76**, 805-820.
- Backhouse, R. en S. Medema (2009b) "Retrospectives: On the Definition of Economics", *Journal of Economic Perspectives*, **23** (1), 221-233.
- Barendrecht, J.M. (2002) "Aansprakelijkheid en Welzijn, *Nederlands Juristenblad*, 605 e.v.
- Barendrecht, J.M., J. Vranken, I. Giessen, M. Borgers, W. van der Burg, H. Teissen, B. van Roermund en W. van Boom (2004), "Methoden van Rechtswetenschap: Komen We Verder?" *Nederlands Juristenblad*, 1419-1428.
- Becker, G.S. (1957) *The Economics of Discrimination*. University of Chicago Press, Chicago.
- Becker, G.S. (1992) *The Economic Way of Looking at Life*, Nobel Lecture in Economics, 1992. Gepubliceerd als "The Economic Way of Looking at Behavior", *Journal of Political Economy* 101 (3), (1993), 385-409.
- Bergh, R. van den en M. Faure (1987) "Liever geen slachtoffer dan één door het recht beschermd slachtoffer". *Intermediair* (België), 18 december 1987, 9-13.
- Bork, R. (1978), *The Antitrust Paradox*, New York: Free Press.

- Bouwes, M. (2011) “De Vorming van de Wetgevingsjurist”. In: *De Opleiding van Wetgevingsjuristen en Wetgevingsonderzoekers in Vergelijkend Perspectief*, Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid, Wolf Legal Publishers, Nijmegen.
- Buchanan, J. (2001) “Game Theory, Mathematics and Economics”, *Journal of Economic Methodology*, **8** (1), 27-32.
- Camerer, C., S. Isacharoff, G. Loewenstein, T. O’Donoghue en M. Rabin (2003) “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”, *University of Pennsylvania Law Review* **151**, 101-144.
- Coase, R. A. (1978) “Economics and Contiguous Disciplines”, *Journal of Legal Studies* **7**, 201-211.
- Cooter, R. (1998) “Expressive Law and Economics”. *Journal of Legal Studies* **27**, 585-607.
- Damasio, A. (1994) *Descartes’ Error: Emotion, Reason and the Human Brain*, Penguin, 1994.
- Damme, E. van (2013) “Differences between Law and Economics”, Mimeo.
- Demsetz, H. (1997) “The Primacy of Economics: an Explanation of the Comparative Success of Economics in the Social Sciences”, *Economic Inquiry* **35**, 1-11.
- Diamond, P. (1974) “Posner’s Economic Analysis of Law”, *The Bell Journal of Economics and Management*, **5** (1), 294-300.
- Dixit, A. (2009) “Governance Institutions and Economic Activity”, *American Economic Review* **99**, 5-24.
- Engel, C. (2013) “Legal Experiments: Mission Impossible?” *Erasmus Law Lectures* 28, Erasmus Universiteit, Rotterdam.
- Faure, M. (2011) “Law and Economics; Belang voor het Privaatrecht”, *WPNR, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* **6912**, 1056-1065.
- Franken, H. (2004) “Rechtsgeleerdheid in de rij der Wetenschappen”, *Nederlands Juristenblad*, 1400-1408.

Geest, G. de (2004) “Hoe Maken We de Rechtswetenschap een Volwaardige Wetenschap?”, *Nederlands Juristenblad*, 58-66.

Glastra van Loon, J.F. (1988) *Elementair Begrip van het Recht*. Quint, Gouda.

Güth, W., R. Schmittberger en B. Schwarze (1982) “An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining”, *Journal of Economic Behavior and Organization* 3, 367-388.

Heyer, K. (2014), “Consumer Welfare and the Legacy of Robert Bork”, *Journal of Law and Economics*, Nog te verschijnen.

Hol, A.M. (2003) “Pleidooi voor een Jurisprudentia”, pp. 5-22 in J.W.L. Broeksteeg en E.F. Stamhuis (eds.) *Rechtswetenschappelijk Onderzoek*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag.

Jolls, C., C. Sunstein en R. Thaler (1998) “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review* **50**, 1471-1549.

Jolls, C. (2013) “Product Warnings, Debiasing and Free Speech: the Case of Tobacco Regulation”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* **169**, 53-78.

Kahneman, D. (2011) *Thinking Fast and Slow*. Penguin, Londen.

Kahneman, D. en A. Tversky (1979) “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica* **47**, 263-291.

Kaplow, L. en S. Shavell (2001a) “Fairness versus Welfare”, *Harvard Law Review*, **114**, 961-1388.

Kaplow, L en S. Shavell (2001b), “Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle”, *Journal of Political Economy* 100, 281-286.

Kovacic, W. en C. Shapiro (2000) “A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspectives* **14**, 43-60.

Kroes, N. (2005) “European Competition Policy - Delivering Better Markets and Better Choices”, speech 05/512, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm.

Landes, W. en R. Posner (1993) “The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study”, *Journal of Law and Economics* **36**, 385-424.

- Lazear, E. (2000) “Economic Imperialism”, *Quarterly Journal of Economics*, **115**, 99-146.
- Mulder, J. (2013) *Compensation: the Victims’ Perspective*, Proefschrift, Universiteit van Tilburg.
- Nasar, S. (2011) *De Wil tot Welvaart; Het Verhaal van Geniale Economen*. De Bezige Bij, Amsterdam
- Nash, J. F. (1950) “The Bargaining Problem”, *Econometrica* **18** (2), 155–162.
- Neumann, J. von en O. Morgenstern (1944) *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton University Press, Princeton, NJ.
- Neven, D. (2006) “Competition Economics and Antitrust in Europe”, *Economic Policy* **21**, 741-791.
- Nieuwenhuis, J.H. (2005) “Waartoe is het Recht op Aarde?”, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, **2005-4**, 179-180.
- Nieuwenhuis, J.H. (2006a) *Waartoe is het Recht op Aarde?* Boom Juridische Uitgevers, Den Haag.
- Nieuwenhuis, J.H. (2006b) “Hinkelspel Rond de Boom der Kennis van Goed en Kwaad”, pp. 1-18 in J. H. Nieuwenhuis en C. J. J. M. Stolker (2006).
- Posner, R.A (1973) *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co, New York.
- Posner, R.A. (1979) “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *University of Chicago Law Review* **46**, 281-.
- Posner, R.A. (1987) “The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962-1987”, *Harvard Law Review*, **100**, 761-780.
- Posner, R. A. (1998) “Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law”, *Stanford Law Review*, 1551-1575.
- Posner, R. A. (2002) “Legal Scholarship Today”, *Harvard Law Review* **115**, 1314-1326.
- Radbruch, G. (2006) “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”. *Oxford Journal of Legal Studies* **26** (1), 1-11. (Engelse vertaling van een origineel artikel uit 1946).

- Rhee, C. van (2004) “Geen Rechtsgeleerdheid Maar Rechtswetenschap!”, *Rechtsmagazijn Themis*, 196-201.
- Robbins, L. (1932) *An Essay on the Nature and significance of Economic Science*. MacMillan, London
- Sen, A. (1970) “The Impossibility of a Paretian Liberal”, *Journal of Political Economy* **78** (1), 152-157.
- Sen, A. (1979) “Utilitarianism and Welfarism”, *Journal of Philosophy* **76** (9), 463-489.
- Shapiro, F. en M. Pearce (2012) The most-cited law review articles of all time, *Michigan Law Review* **110**, 1483-1520.
- Singer, J.W. (2008) “Normative Methods for Lawyers”, *Harvard Law School Public Law Research Paper* nr. 08-05 (Beschikbaar via SSRN).
- Smits, J. (2009) *Omstreden Rechtswetenschap: Over Aard, Methode en Organisatie van de Juridische Discipline*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2009.
- Soeteman, A. (2010) “Rechtsgeleerde Zelfreflectie”, *Ars Aequi*, 182-186.
- Solow, R. (2010) “A native informant speaks”. *Journal of Economic Methodology*, **8** (1), 111-112.
- Stigler, G. J. (1971) “The Theory of Economic Regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, **2** (Spring), 3-21.
- Stigler, G.J. (1972) “Law and Economics; A Plea to the Scholars”. *Journal of Legal Studies*, **1**, 1-12.
- Stigler, G. J. (1982) “Economists and Public Policy”, *Regulation*, May/June, 13-17.
- Stigler, G.J. (1984) “Economics – the imperial science?”, *Scandinavian Journal of Economics* **86**, 301-313.
- Stigler, G.J. (1992) “Law or Economics?”, *Journal of Law and Economics* **35**, 455-468.
- Stigler, G.J. en C. Friedland (1962) “What Can Regulators Regulate? – The Case of Electricity”. *Journal of Law and Economics* **5** (October), 1-16.

- Stolker, C.J.J.M. (2003) “Ja, Geléerd zijn Jullie Wel!’: Over de Status van de Rechtswetenschap”, *Nederlands Juristenblad*, 766-778.
- Sunstein, C. en R. Thaler (2003) “Libertarian Paternalism is not an Oxymoron”, *University of Chicago Law Review* **70**, 1159-2012.
- Sunstein, C. en R. Thaler (2008), *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press.
- Suurmond, G. en B. van Velthoven (2005) “Vergoeding van Affectieschade: te Weinig met het Oog op de Daders en te Veel met het Oog op de Slachtoffers”, *Nederlands Juristenblad* 80, 766-778.
- Ulen, T.S. (2002) “A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law”, *University of Illinois Law Review*, 875-920.
- Ulen, T.S. (2008-2009) “The Impending Train Wreck in Current Legal Education: How We Might Teach Law as the Scientific Study of Social Governance”, *University of St. Thomas Law Review* **6**, 302-336.
- US Supreme Court (2006) *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, <http://www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/06-480.pdf>
- Vermaat, A., J. Klant en J. Zuidema (eds.) (1987) *Van Liberalisten tot Instrumentalisten; Anderhalve eeuw Economisch Denken in Nederland*. Stenfert Kroese, Leiden/Antwerpen.
- Varian, H. (1989) “What Use is Economic Theory?” Discussion Paper based on a talk prepared for the Conference *Is Economics Becoming a Hard Science*, Paris, <http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/theory.pdf>
- Vranken, J.B.M. (2006a) *Exploring the Jurist’s Frame of Mind*. Kluwer Law International, the Netherlands
- Vranken, J.B.M. (2006b) “Wat Geldt in de Wetenschap als Vooruitgang?” pp. 19-31 in J. H. Nieuwenhuis en C. J. J. M. Stolker (2006).
- Williamson, O. (1968) “Economies as an Antitrust Defense; The Welfare Tradeoffs”, *American Economic Review* **58**, 18-36

WPNR (2011) “Themanummer ‘Law and...’ bewegingen en hun relevantie voor het privaatrecht”,
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie **142** (nr. 6912), 1055-1126.